

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

A interpretação restritiva da reincidência como hipótese agravante da progressão de regime na Lei dos Crimes Hediondos.

André Luiz Alves de Freitas

Acadêmico

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Orientador

Florianópolis, 03 de Julho de 2013.

**ANDRÉ LUIZ ALVES DE FREITAS**  
**2009/2013**

**A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA REINCIDÊNCIA COMO HIPÓTESE  
AGRAVANTE DA PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
banca examinadora da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

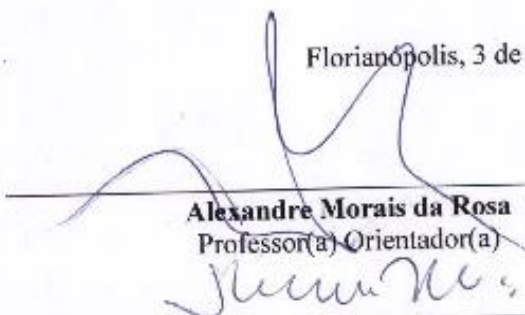
FLORIANÓPOLIS  
2013  
**TERMO DE APROVAÇÃO**

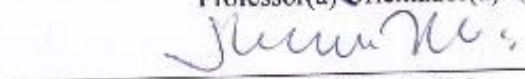
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

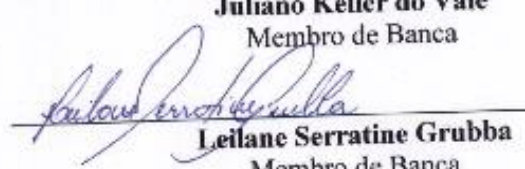
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A interpretação restritiva da reincidência como hipótese agravante da progressão de regime na lei dos crimes hediondos**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **André Luiz Alves de Freitas**, defendida em **03/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de Julho de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Moraes da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Juliano Keller do Vale**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Leilane Serratine Grubba**  
Membro de Banca

Dedico com orgulho este trabalho de conclusão de curso aos meus pais, Adir Alves de Freitas e Deiva Antunes Nogueira de Freitas, com quem aprendi as mais preciosas lições de vida, do modo mais singelo e doce que se possa ter conhecimento. Também, dedico-o aos meus irmãos, “Biel”, exemplo de dedicação e postura; e “Thi”, anseio de poder criar um mundo melhor.

#### **AGRADECIMENTOS**

A meu pai, minha mãe, e meus irmãos, preciosidades com quem tive o privilégio divino de ser agraciado. Moldaram-me o caráter e representam fonte diária de admiração, amor, carinho e gratidão.

À todos os meus colegas de faculdade, com quem dividi bons momentos de estudos e festas, principalmente nestas.

Aos meus colegas de trabalho, indispensáveis para minha formação acadêmica e pessoal.

Enfim, todos aqueles que de alguma maneira contribuíram para que este sonho fosse realizado.

**André Luiz Alves de Freitas**

**“Referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, neste marco, é partidário das garantias, isto é, garantista.”**

**Eugênio Raúl Zaffaroni**

## RESUMO

O presente trabalho visa apresentar uma visão ainda minoritária no que tange a progresso de regime dentro da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Mais especificamente, procura demonstrar a inconsistência da aplicação da reincidência do artigo 2º, parágrafo 2º, da referida lei, para aqueles que foram anteriormente condenados por crimes comuns, ou seja, não hediondos ou a eles equiparados. Deste modo, constata-se que o referido diploma normativo é fruto de uma ideologia Norte Americana, denominada Lei e Ordem, que foi recepcionada no Brasil. Para tanto, utilizou-se da grande exposição midiática dada a determinados delitos, incitando a população a apoiar leis penais mais rígidas. Esta lei utiliza-se do instituto da reincidência para agravar a condição do condenado. Assim, resgata elementos típicos do direito penal do autor, onde o acusado é julgado de acordo com sua personalidade, que algumas vezes seria considerada mais tendente a violar o pacto que a todos vincula. Este pensamento esta e sempre esteve presente no direito penal. Conforme teorização de Günther Jakobs, estes seriam os inimigos da sociedade, justificando um tratamento diferenciado. Porém, em que pese o alegado, este tratamento diferenciado é contrário a um país que se diz Democrático e de Direito. Todos estes elementos confluíram para a elaboração de uma lei inconstitucional, violadora de garantias processuais penais, que visa dar tratamento diferenciado aos iguais. A aplicação da reincidência como sendo a específica para a progressão de regime procura mitigar esta injustiça, e se coaduna com aos princípios penais. Para tanto, entende-se que esta interpretação esta de acordo com o princípio da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena. Ademais, é possível fazer uma analogia *in bonam partem* com a progressão prevista no mesmo diploma normativo para o caso de liberdade condicional.

**Palavras-chave:** Movimento de Lei e Ordem. Crimes Hediondos. Sistema progressivo. Reincidência. Garantias individuais. Pena privativa de liberdade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO PENAL E A REINCIDÊNCIA.....	11
1.1 História do direito penal e função da pena.....	11
1.1.1 A função ressocializadora da pena.....	15
1.2 Primariedade penal e estado de inocência.....	18
1.3 Reincidência.....	19
1.3.1 Reincidência Genérica e Específica.....	21
1.3.2 A reincidência como marca do direito penal do autor.....	23
2 CRIMES HEDIONDOS E A PROGRESSÃO DE REGIME.....	27
2.1 Histórico e fundamentos da Lei dos Crimes Hediondos no Brasil.....	27
2.1.1 Repercussão penal e processual penal da Lei dos Crimes Hediondo.....	32
2.1.2 Crimes hediondos e o direito penal do inimigo.....	33
2.2 Sistema Progressivo.....	38
2.2.1 Sistema progressivo no Brasil.....	40
3 INAPLICABILIDADE DA REINCIDÊNCIA GENÉRICA NA PROGRESSÃO DE REGIME DOS CRIMES HEDIONDOS.....	44
3.1 A progressão de regime nos crimes hediondos.....	44
3.1.1 A lei 11.464/07 e os requisitos para a progressão de regime nos crimes hediondos.....	47
3.2 Inaplicabilidade da reincidência genérica na progressão de regime dos crimes hediondos....	48
3.3 Reincidência genérica e a afronta aos princípios constitucionais fundamentais de direito penal.....	52
3.4 Livramento condicional e analogia <i>in bonam partem</i> .....	57
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	63

## **Introdução**



A presente monografia possui como temática central uma leitura restritiva da reincidência como hipótese agravante da progressão de regime na Lei dos Crimes Hediondos. Para tanto, o método utilizado no presente estudo foi o indutivo.

Hodiernamente, é cediço que todos os ramos do direito devem guardar estrita relação com as Cartas Magnas de seus Estados. No Brasil não é diferente, tendo a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1998 sido generosa em seu título dos direitos fundamentais, apresentando várias garantias individuais, inclusive para aqueles que sofrem diretamente o poder de punir do Estado.

O direito penal, entendido aqui como o conjunto de leis penais e sistema de interpretação dessa legislação penal, ou seja, o saber do Direito Penal<sup>1</sup>, é o ramo do direito que cria os maiores impactos na vida daqueles que transgridem determinadas normas de condutas. Deste modo, impossível alienar os institutos deste campo do direito de uma estrita análise constitucional.

Neste passo, o presente trabalho visa apresentar uma análise da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos sob a luz de nossa Lei Maior, apontado suas inconsistências insanáveis. Em especial, o trabalho visa aprofundar a discussão sobre a necessidade de se interpretar restritivamente a reincidência para efeito de progressão de regime na lei em questão. Outrossim, o presente trabalho encontra-se dividido em três partes fundamentais.

No primeiro capítulo será tratada a evolução do direito penal ao longo da história. Assim, além de verificar o seu surgimento e transformação, será feita uma sucinta análise das construções teóricas que o fundamentam, inclusive a atual. A partir deste ponto, constatar-se-a sua desarmonia com a realidade do sistema penal no século XXI, em especial sua ineficácia em ressocializar o encarcerado.

Ainda no primeiro capítulo, será abordada a importância do estado de inocência e sua recepção constitucional em nosso ordenamento. Passado este ponto, trataremos do estudo das espécies do instituto da reincidência. Ademais, nessa senda, será feita uma abordagem crítica da reincidência, estabelecendo sua íntima relação com o direito penal do autor.

No segundo capítulo será abordado o movimento ideológico norte-americano de Lei e Ordem e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro, em específico, no surgimento da Lei dos Crimes Hediondos. Por conseguinte, exporemos a evolução histórica da Lei nº 8.072, com suas posteriores modificações. Ainda, será trazido a lume a estrita relação entre o movimento de Lei e Ordem e da Lei dos crimes hediondos com o Direito Penal do Inimigo, baseando-se na exposição de Günther Jakobs.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; BATISTA, Nilo et al. Direito penal Brasileiro I. 2006, p. 85

Ao final do segundo capítulo, serão analisadas, de maneira sintética, as modificações realizadas pela Lei dos Crimes Hediondos, constatando seu caráter extremamente repressivo. Também, será analisado o instituto da progressão de regime e suas repercussões no direito penal brasileiro.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, abordaremos o novo *approach* dado pela Lei dos Crimes Hediondos ao sistema progressivo e suas contradições. Assim, constatada a escolha dada pelo legislador de agravar o sistema progressivo para estes crimes, em especial para os reincidentes, será defendida uma interpretação restritiva deste instituto de modo a considerar apenas os reincidentes específicos em crimes hediondos e equiparados de modo a ter sua execução penal agravada.

Para tanto, partindo da premissa da constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, será abordada a agravação da progressão de regime para os reincidentes sobre os pressupostos ideológicos da própria lei. Ou seja, dar um tratamento diferenciado para os condenados pela Lei dos Crimes Hediondos. Assim, defenderemos a analogia *in bonam partem* da reincidência constante do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a reincidência específica presente na própria lei, ao tratar do Livramento Condicional.

Nessa senda, abordaremos a afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena pelos tribunais pátrios ao interpretar a Lei dos Crimes Hediondos, definindo a reincidência como sendo a genérica para prejudicar a progressão de regime do condenado.

## **CAPÍTULO 1 - DIREITO PENAL E DIREITO PENAL DO AUTOR**

### **1.1. História do direito penal e função da pena**

O direito penal é um ramo do direito público que tem por função tutelar os bens jurídicos tidos como mais importantes pela sociedade. Assim, quando não for possível tutelar o interesse dos indivíduos por outros ramos do direito, o direito penal deve ser utilizado.

Tanto isto é verdade que um dos princípios que fundamentam este ramo do direito é o da intervenção penal mínima, segundo o qual, o direito penal só pode ser utilizado em última instância. Assim, quando qualquer outro ramo do direito menos gravoso puder ser utilizado para tutelar o bem jurídico em questão, este deverá ser usado. Logo, existe uma vedação ao poder punitivo do estado a qualquer excesso que este possa vir a praticar. O legislador só poderá usar o direito penal subsidiariamente, como *ultima ratio*.

Uma das atribuições do estado moderno é a aplicação da pena para aqueles que transgridam alguma norma de conduta, o chamado *ius puniendi* estatal. Destarte, cabe ao estado verificar a ocorrência de um ilícito penal e aplicar a sanção correspondente à aquela transgressão. Salvo poucas exceções, suprimiu-se do indivíduo a capacidade de reivindicar por suas próprias forças a retaliação contra a pessoa que violou sua esfera de direitos.

Constatado isso, tem-se que a principal característica do direito penal é a sanção. Nesse sentido, segundo João José Leal<sup>2</sup>, esta é a resposta do poder estatal à transgressão da norma de conduta, promulgada para tutelar certos bens e interesses. Assim, para cada momento histórico, temos determinadas condutas consideradas como desviantes, contrárias a moral predominante, que deverão ser punidas pelo estado<sup>3</sup>.

Um das primeiras formas de sanção, comum nas sociedades primitivas, era o da vingança privada ou autotutela. As transgressões à esfera de direito de um terceiro eram retaliadas pela própria vítima, por seus parentes, ou pelo próprio clã a que esta pertencia, originando sangrentas batalhas<sup>4</sup>. A autotutela não desapareceu por completo de nosso direito penal, estando presente ainda, no caso da legítima defesa e o estado de necessidade.

Posteriormente, fruto da evolução social e tentando evitar as frequentes guerras entre as tribos que a autotutela gerava, surgiu a Lei de Talião, adotada por muitos ordenamentos (Código de Hamurabi e na Lei das XII tábuas), que consistia em uma rigorosa proporcionalidade entre o mal praticado e a retribuição. A composição também passou a ser adotada como forma de evitar

---

<sup>2</sup> LEAL, João José. Direito Penal Geral. 2004, 377.

<sup>3</sup> NEPOMOCENO, Alessandro. Além da Lei: a face obscura da sentença penal. 2004, p. 55. “Sabendo que o crime não é ontológico, e sim construção cultural da própria sociedade que visa regular determinadas condutas, existirão então criminalizações. Essas nada mais são que mecanismos oriundos do próprio sistema penal para distribuir o status de criminoso a algumas pessoas.”

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 2009, p. 30.

o grande número de deformações geradas pela crescente quantidade de infratores punidos pela Lei de Talião<sup>5</sup>.

Após esta fase - com o surgimento de entidades sociais mais organizadas - a pena passou a ser vista como um poder-dever do Estado contra aquele que transgrediu uma norma de conduta. Passou-se assim, de uma vingança privada para uma vingança pública, onde o importante é a segurança do soberano, mantendo as mesmas características de crueldade e objetivos intimidatórios<sup>6</sup>.

O Iluminismo do século XVII foi o responsável por uma reestruturação da ideia que se tinha da pena. Seu discurso tem como marco principal a emancipação humana pelo uso da razão, buscando reformas que modernizassem a sociedade, rompessem as estruturas tradicionais que impediam o progresso e reorganizassem o conjunto social segundo os parâmetros da razão<sup>7</sup>. Assim, os debates da questão penal tiveram um grande impulso neste período, tendo Cesare Beccaria e sua obra “Dos delitos e das penas”, dado o início definitivo do Direito Penal moderno.

Para Beccaria, para se dar uma maior eficiência ao direito penal, era necessário ter sanções eficazes, como consequência o autor defendia a mitigação das penas, apresentando assim uma consequente humanização destas. Afirmava ainda, que o direito penal seria mais eficiente através de uma maior eficácia das normas e de uma certeza da punição, e não necessariamente do terror que essa causaria. Nesse sentido, afirmava que:

O rigor do castigo causa menos efeito sobre o espírito humano do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por uma impressão ligeira, mas frequente, do que por um abalo violento, mas passageiro.

Nossa alma resiste mais à violência das dores extremas, mas passageiras, do que ao tempo e à continuidade do desgosto.<sup>8</sup>

As ideias Iluministas passaram a contestar a legislação penal desumana e abusiva, vigente à época, enaltecendo assim a dignidade da pessoa humana. A pena passa a ser não apenas como uma retribuição do mal praticado, mas sim como uma forma de prevenção contra novos delitos. Conforme nos ensina Bitencourt<sup>9</sup>, a obra “Dos delitos e das penas” lançou as

---

<sup>5</sup> BITENCOURT. 2009, p. 30

<sup>6</sup> BITENCOURT. 2009, p. 31

<sup>7</sup> CASTRO, Alexandre de. Iluminismo e Direito Penal. 2009, p. 29.

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2010, p. 50

<sup>9</sup> BITENCOURT. 2009, p. 37

bases dos objetivos reabilitadores e ressocializadores da pena, visto ser imprescindível uma pena mais humana.

Seguindo esta ideia, as penas de tortura até então preponderantes passam a ser gradativamente erradicadas, em detrimento da pena de privação de liberdade. Passa-se a procurar por uma pena que seja o menos cruel possível ao corpo do acusado, mas que ao mesmo tempo desestimula-se o consentimentos de novos crimes. Nessa linha, conforme retrata Michel Foucault, passa-se a ter;

Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso, acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvidas de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.<sup>10</sup>

Tendo isso em vista, a pena privativa de liberdade foi o meio de sanção encontrada pelos reformadores como modo de substituir os ultrapassados suplícios. A prisão passou a ser responsável por desencorajar o cometimento de novos crimes, passando a ser o meio de retribuir o mal praticado pelo delinquente. Ademais, através dos ideais iluministas, passa-se também a pensar no caráter ressocializador da pena, que veio a assumir importante papel na justificação da repressão estatal, sendo hoje um dos principais objetivos da pena.

Outrossim, dentro da evolução do direito penal, a pena sempre representou o caráter diferenciador da coerção penal, em relação aos outros ramos do direito. Atualmente, sua principal característica ainda é buscar evitar novos delitos com a prevenção de futuras condutas delitivas. Para tanto, utiliza-se tanto a prevenção geral, quanto a prevenção especial.<sup>11</sup> Todo o sistema de repressão estatal é pensando em torno deste instituto jurídico, visando uma maior segurança jurídica<sup>12</sup>.

Uma das primeiras tentativas doutrinárias que tentaram justificar a presença da pena foi a teoria da retribuição, as chamadas teorias absolutas<sup>13</sup>. Assim, concebeu-se a ideia de que a pena seria uma retaliação social, contra aquela conduta que não era socialmente aceita. O estado,

---

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 32º Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>11</sup> ZAFFARONI. Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro V.1. 2011, p. 98.

<sup>12</sup> ZAFFARONI. 2009, p. 91 “A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência”.

<sup>13</sup> BITENCOURT. 2009, p. 85.

substituindo o indivíduo, aplicava uma pena contra aquele que não possui uma conduta adequada perante o corpo social, restabelecendo a ordem pública alterada.

Em contraposição, tem-se as teorias preventivas ou retributivas, segundo as quais, a pena funciona como um modo de prevenir que determinados crimes aconteçam e não retribuir o fato delitivo praticado. Essa nova fundamentação parte das premissas básicas do Iluminismo, onde o homem dotado da razão podia posicionar-se perante a ameaça da pena, sofrendo assim uma verdadeira coação psicológica.

A doutrina moderna divide as prevenções em prevenção geral e específica<sup>14</sup>. Para aquela, as leis penais tem a função de evitar novos delitos na medida em que, se existir uma punição previamente estabelecida para determinadas transgressões, o indivíduo seria capaz de se posicionar previamente sobre as desvantagens de se cometer ou não um crime. E, uma vez transgredida, a efetiva cominação da pena seria uma confirmação do comando da lei frente o anseio social por uma punição.

A prevenção especial, por sua vez, se relaciona com a pessoa do condenado. Assim, será positiva no que tange a capacidade de recuperação do réu, estando aqui presentes os objetivos ressocializadores do criminoso. Também, para parte da doutrina, é utilizada como modo de justificar a exclusão do meio social daqueles homens considerados como “anormais”, um “perigo a ordem social”.

Em um estado democrático de direito é inconcebível uma sanção que vise apenas retaliar o mal praticado, um simples meio de vingança. O direito penal tem como objetivo proteger determinados bens jurídicos. A fim de evitar um avanço da criminalidade, a pena deve pautar-se por um objetivo ressocializador, que respeite a dignidade da pessoa humana do condenado, ao longo da execução.

### **1.1.1 A função ressocializadora da pena.**

Tendo a pena como o pilar central do sistema penal moderno, o professor Alessandro Nepomoceno Pinto nos ensina que o sistema penal atual, fundando basicamente sobre as

---

<sup>14</sup> BITENCOURT. 2009, p. 93.

premissas liberais dos séculos XVIII e XIX e na ideologia da defesa social, elenca várias funções para justificar o poder de punir do Estado. Dentre elas, por exemplo, destacamos a seguinte:

Através da sanção penal, excluir-se-á o mal da sociedade (crime) e/ou seu instrumento de disseminação (criminoso; delinquente). Este será devolvido à sociedade ressocializado, se possível, o que constitui um franco combate à criminalidade. Logo, a política criminal é baseada na repressão até na extirpação do crime e do criminoso, garantindo a *segurança* de todos os cidadãos de bem<sup>15</sup>.

Dessarte, não é outro o objetivo elencado pela lei nº 7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execuções Penais. Segundo ela, o objetivo principal da pena seria ressocializar o apenado. Assim preceitua o diploma legal em seu artigo primeiro:

*Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

Porém, com o passar do tempo, percebeu-se que a função ressocializadora que foi apregoada como legitimadora da pena restritiva de liberdade, não funcionava como se imaginava. A prisão, em vez de reeducar o apenado e ajudar a reintegrá-lo à sociedade, passou a funcionar apenas como um “depósito” de pessoas, denegrindo-os. Ademais, serve como verdadeira escola delitiva, alimentando os valores negativos do condenado<sup>16</sup>.

De acordo com o paradigma criminológico da reação social<sup>17</sup> o sistema penal, com a atual pena de prisão, não consegue cumprir sua função declarada de ressocialização do criminoso. Neste diapasão, em que pese falhar neste quesito, o sistema acaba por reproduzir a desigualdade social presente na sociedade. Através dos processos de criminalização, as camadas mais vulneráveis da sociedade são selecionadas e excluídas do convívio das chamadas “pessoas de bem”. Após cumprida a pena de constrição de liberdade, o ex-detento sempre carregará este estigma, restando apenas voltar a delinquir. O condenado acaba por consolidar uma identidade desviante, tornando-se pouco provável sua reabilitação.

Conforme Alessandro Baratta<sup>18</sup>, o processo de criminalização tem início com o processo legislativo, que sendo dirigido pelas classes dominantes, acaba criminalizando as condutas

---

<sup>15</sup> PINTO, Alessandro Nepomoceno. Além da lei: as falas e os silêncios do Judiciário no sistema penal. 2001, p.27.

<sup>16</sup> BITENCOURT. 2009, p. 108

<sup>17</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro; Editora Rev. 2011.

<sup>18</sup> BARATTA, Alessandro. 2011. p. 176.

típicas das camadas sociais mais pobres e marginalizadas, tipificando em especial os crimes que atentam contra o patrimônio. Neste processo, ficam praticamente excluídos aqueles delitos denominados de “colarinho branco”, típicos das camadas sociais hegemônicas. Há um recrutamento de “criminosos” nas zonas sociais mais frágeis.

Além da criminalização de condutas das camadas mais vulneráveis, o sistema penal não readapta o condenado, pelo contrário, ele seria um dos principais responsáveis por dar início a uma possível carreira criminosa. Neste ponto, tem-se sustentado que a pena produz efeitos estigmatizantes na própria identidade social do indivíduo, sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão a ele. Constata-se assim, que a população carcerária é constituída em sua maioria por indivíduos de extratos sociais inferiores, possuindo ainda, um elevado índice de reincidentes<sup>19</sup>.

O francês Michel Foucault em sua importante obra *Vigiar e Punir* também analisou e constatou o fracasso da pena de prisão desde o seu surgimento. Segundo ele, em que pese a recuperação e readaptação do condenado ser um dos objetivos principais da pena de privação de liberdade, dificilmente elas são alcançadas. Pior, a prisão seria a responsável pela manutenção da delinquência, indução em reincidência e transformação do infrator ocasional em delinquência<sup>20</sup>.

Mesmo defendendo a ideia supracitada, o autor também já afirmava em seu tempo que, apesar de não conseguir atingir estes objetivos traçados, a prisão, como centro do sistema penal moderno, subsistiu ao longo dos séculos. Dessarte, mais do que constatar o seu eterno fracasso é importante verificar o que a faz subsistir. Assim, em seu aparente fracasso na sua função declarada, a restrição de liberdade consegue atingir seus objetivos não declarados. Conforme Foucault, a penalidade seria uma maneira de neutralizar determinadas camadas sociais, principalmente as mais baixas e pobres, excluídas do processo de acumulação de riquezas na sociedade capitalista.

Sobre esse aparente fracasso, esclarece Foucault que:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo; ao contrário, ela atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, por em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>BARATTA, Alessandro. 2011. p. 179.

<sup>20</sup> FOUCAULT. 1987, p. 226.

<sup>21</sup> FOUCAULT. 1987, p. 230.



A atual realidade brasileira reforça esse estado. São notórias as precárias condições do sistema penitenciário, principalmente com a falta de estrutura necessária. Constantemente a mídia nacional apresenta denúncias de superlotação, estruturas inadequadas, abusos cometidos pelos agentes penitenciários dentre outras mazelas do sistema. Outrossim, é possível falar em um fracasso do sistema penitenciário, que não cumpre com seus objetivos declarados, devendo este ser aplicado apenas em última instância.

Segundo o professor Cezar Roberto Bitencourt, contatada esse problema da prisão é necessário limitá-la à situações de inquestionável necessidade, impedindo que seus efeitos negativos se façam sentir de maneira mínima. Neste ponto, os substitutivos penais<sup>22</sup> servem como alternativas eficazes para evitar um maior encarceramento.

Outrossim, observa-se assim um crescente movimento desprisionalizador no direito penal. No Brasil, a adoção de penas alternativas, ou restritivas de direitos, é relativamente recente, ocorrendo apenas no final do século passado, com a Reforma Penal de 1984, e posteriormente com a lei n. 9.714 de 1998. A lei de execuções penais, Lei nº 7.210 de 1984, também trouxe em seu bojo, penas restritivas de direito, como a prestação de serviço a comunidade (art. 149 e 150), oferecendo alternativas à pena de prisão.

Nota-se assim, que a Lei dos Crimes Hediondos vai de encontro ao movimento histórico assinalado. Enquanto é constatado o fracasso da prisão, que não cumpre com seus objetivos, a lei em comento, aparece com um endurecimento das penas e dificultando a progressão de regime do condenado.

## **1.2. Primariedade penal e estado de inocência**

A primariedade penal consiste na inexistência de qualquer condenação transitada em julgado em desfavor do réu, no momento do cometimento de um novo crime. Nesta linha, o réu

---

<sup>22</sup> Art. 43, do Código Penal Brasileiro.

pode ter inquéritos instaurados ou até mesmo uma sentença condenatória contra si, desde que ainda pendente de recurso.

Logo, a relação existente entre primariedade e o estado de inocência é grande. Esse se caracteriza pelo estado jurídico do cidadão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória contra ele prolatada.

Seguindo esse posicionamento, brilhantemente nos ensina o professor Dr. Francisco Bissoli Filho, que:

O princípio do estado de inocência, também denominado, simplesmente, princípio de inocência ou princípio da não-culpabilidade ou, ainda, princípio da presunção de inocência, é orientado por diversas concepções, que podem ser divididas em quatro grupos, ou seja, as que sustentam ser esse princípio uma garantia efetiva do indivíduo em face do poder punitivo, impedindo toda e qualquer tentativa de arbítrio decorrente de presunções que possam prejudicá-lo; as que, em oposição às correntes anteriores, encontram, no mencionado princípio, um óbice à atuação repressiva estatal, razão pela qual sustentam que não deve existir ou, ao menos, que devem ser minimizadas as restrições que dele possam decorrer à referida atividade estatal; em posição intermediária, encontram-se as correntes mais flexíveis, ou seja, que procuram estabelecer hipóteses de aplicabilidade do citado princípio, excluindo-o dos casos em que já haja sido deduzida a acusação ou a constituição do caso ou, ainda, em que tenha ocorrido o flagrante ou a confissão pelo imputado; por fim, orientando a presente pesquisa, há as concepções que não consideram haver presunção de inocência, mas, sim, estado de inocência, o que somente se altera com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>23</sup>

Conforme apresentado, o estado de inocência é uma garantia fundamental que transcende fronteiras. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU, prevê em seu artigo 11, que:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa<sup>24</sup>.

Outro não foi o entendimento de nossa Carta Magna, que dentro do rol de direitos fundamentais de seu artigo 5º, inciso LVII, estabeleceu que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. O mesmo princípio pode ser identificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 28 de agosto de 1789, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da ONU, datado de 16 de dezembro de 1966,

---

<sup>23</sup> FILHO, Francisco Bissoli. *Linguagem e Criminalização a Constitutividade da Sentença penal Condenatória*. 2009. Doutorado – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 470.

<sup>24</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> . Acesso em: 18 de junho de 2013.

na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de dezembro de 1969<sup>25</sup>.

A sua presença nos mais diversos diplomas legislativos mundiais demonstra a dimensão e importância do referido princípio. No plano processual, por exemplo, dentre outras implicações, determina-se que seja dada uma interpretação restritiva a qualquer norma que limite a liberdade do indivíduo que ainda não é considerado culpado, além de passar toda a carga probatória ao acusador, que deverá provar a culpabilidade do réu. Assim, este não precisa provar sua inocência, que já é presumida.

Além de suas repercussões na seara legislativa e processual, essa constatação é relevante para a análise que será feita da reincidência. Isto ocorre pois, apenas poderá ser reconhecida a reincidência após o trânsito em julgado da sentença condenatória que declare o acusado culpado.

### 1.3 Reincidência

Para efeitos penais, a reincidência se caracteriza pelo cometimento de um crime, após ter sido o agente condenado anteriormente pelo cometimento de outro crime. Segundo Guilherme de Souza Nucci, reincidência *“é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior”*<sup>26</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, a reincidência é considerada uma circunstância agravante, que deverá ser sempre levada em consideração, na segunda fase da dosimetria da pena do acusado, disciplinada pelo artigo 63 e art. 64, I, II, todos do Código Penal.

Deste modo, verifica-se a hipótese de reincidência no artigo 63, do Código Penal, redação dada pela lei nº 7.210/84, que assim dispõe:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

---

<sup>25</sup> Idem. p. 470.

<sup>26</sup> Código Penal Comentado. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Página 422

Assim, conforme expresse, é imprescindível a sentença condenatória transitada em julgada anteriormente ao cometimento do novo crime. Ademais, o legislador achou por bem aceitar a hipótese da sentença ter sido prolatada em outro país, para efeito de reincidência.

Dentre as agravantes previstas no Código Penal, a reincidência é considerada a mais importante, tanto que o legislador preocupou-se em deixar de maneira expressa no artigo 67, do CP, que ela deve preponderar sobre outras atenuantes. Veja-se:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Contudo, também devido a disposição expressa da lei, não se deve considerar a sentença condenatória transitada em julgada dos crimes de menor potencial ofensivo, para efeito de reincidência. Conforme o artigo 7º do Decreto-Lei 3.688 de 1941, tem-se que:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

No mesmo sentido é a lição de Zaffaroni, que ensina:

O pressuposto legal da reincidência é uma sentença condenatória definitiva por delito anterior, afastada uma condenação por contravenção. De conformidade com a lei contravencional, uma anterior condenação por delito dá lugar à uma reincidência contravencional (art. 7º da Lei de Contravenções Penais), mas não o inverso.<sup>27</sup>

Por outro lado, a Constituição trouxe dentro do rol de garantias fundamentais, a previsão de que não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5, XLVII – CF/88). Nesse sentido, se adequando a este preceito constitucional, o legislador infraconstitucional estabeleceu que, para efeitos de reincidência:

Art. 64 – (...)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI. Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 2011, p. 720.

Ainda, conforme o disposto no inciso segundo, do art. 64, do CP, também não devem ser considerados os crimes militares próprios e os políticos para efeitos de reincidência. Segundo ZAFARONNI e PIERAGELI, os crimes militares próprios são “*aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais, se realizados por pessoa que não seja militar, são atípicos.*”<sup>28</sup>. A doutrina e a legislação ainda fazem uma classificação distinguindo a reincidência genérica da reincidência específica, o que passará a ser analisado no próximo tópico.

### 1.3.1 Reincidência genérica e específica

A reincidência genérica consiste na prática de um segundo delito após o agente ter sido condenado, com uma sentença transitado em julgado, por outro crime, sendo que os dois delitos possuem natureza diversa. A doutrina esclarece que:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito (...) <sup>29</sup>.

O Código Penal Brasileiro optou por adotar apenas a reincidência genérica. Deste modo, em seu artigo 63, afirma que; “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”. Assim, o legislador não faz qualquer menção a natureza dos delitos.

A reincidência específica, por seu turno, se caracteriza quando o agente comete um crime após ter sido declarado culpado, por uma sentença transitada em julgado, pelo cometimento de um crime da mesma natureza. Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI “(...) enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação.”<sup>30</sup>

Os autores seguem afirmando que o nosso Código Penal atual eliminou a figura da reincidência específica, tendo mantido apenas a genérica. Porém, em que pese sua abolição do Código Penal, a Lei dos Crimes Hediondos reintroduziu ao ordenamento pátrio esta figura.

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI. Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 2011, p. 721.

<sup>29</sup> Idem. p. 721.

<sup>30</sup> Idem. p. 721.

Nesse sentido, o artigo 5º, da Lei nº 8.072/90, veio acrescentar o inciso V, ao artigo 83 do Código Penal, que dispõe:

Art. 83 - (...)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

O novo inciso restabeleceu a reincidência específica, como modo de dificultar a concessão do livramento condicional. Segundo DELMANTO:

Embora abolida pela Lei nº 6.416/77 (vide STF, RT 686/401), a reincidência específica voltou a ser instituída pelo art. 5º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25.07.90), que acrescentou ao art. 83 do CP, o inciso V, bem como pelo art. 44, § 3º, do CP, com redação dada pela Lei 9.714/98<sup>31</sup>.

Assim, da análise do inciso inserido pela Lei dos Crimes Hediondos, conclui-se que a legislação infraconstitucional equiparou os crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, para efeito de reincidência específica.

No mesmo sentido, Baliseu Garcia, citado por Leonarco Marcondes Machado, aduz que; *"consideram-se crimes da mesma natureza, os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. São tidos, pois, como crimes da mesma natureza os que denotam pronunciada afinidade"*<sup>32</sup>.

Esta previsão normativa encontra respaldo constitucional, visto que nossa Carta Magna ao estabelecer um tratamento mais rígido para estes crimes em seu artigo 5º, inciso XVII, o fez de maneira uniforme, igualando-os.

### 1.3.2 A reincidência como marca do direito penal do autor

---

<sup>31</sup> DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 2002. p. 126.

<sup>32</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. Breve Estudo sobre a Reincidência Penal. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/breve.pdf>. Acesso em 15 de março de 2013.

Conforme explicitado, a reincidência impõe uma agravação da pena do acusado, em virtude de ter sido ele condenado anteriormente por outro crime, com sentença transitada em julgado, que considerou o réu culpado. Assim, no julgamento do crime posterior, é levado em consideração uma hipótese totalmente dissociada do processo sub judice, que comprovaria uma maior periculosidade do sujeito e, por conseguinte, uma maior reprovabilidade do novo injusto por ele cometido.

Esta constatação revela uma clara ligação do instituto analisado com a escola positiva de direito penal e o chamado direito penal do autor. Outrossim, conforme nos ensina o Juiz Federal Nivaldo Brunoni<sup>33</sup>:

Na Escola Positiva, os fatores que determinavam a criminalidade eram analisados desde a perspectiva do sujeito. Os positivistas acreditavam ser possível comprovar que fatores que levam a um indivíduo delinquir são psíquicos-orgânicos, com o que reduziam o âmbito da criminalidade quase que totalmente ao patológico: determinadas anomalias faziam do tipo delinqüente um tipo patológico.

Na lição do mestre Bitencourt, a Escola Positiva representou um marco para criação do direito penal do autor. Essa corrente doutrinária surgiu no século XIX, em oposição à escola clássica e o seu abstrato individualismo. Assim, passou-se a ter uma valorização da coletividade em relação ao indivíduo, uma defesa do corpo social em consequência do aumento da criminalidade nas cidades, causada pela delinquência<sup>34</sup>.

A Escola Positiva foi de grande influência para o atual direito penal, além de ter dado origem a Sociologia Criminal e a Criminologia. Nesse sentido, a partir desta escola, o delinquente passou a ser analisado sobre um outro viés, passando-se a ter uma maior preocupação com a personalidade da pessoa que cometeu o ato delituoso.

Sobre essa nova visão, o condenado passa a ser considerado como um ser inferior e degenerado, que merece ser excluído do convívio social. Ou seja, neste novo marco teórico, o indivíduo que cometia algum crime passou a ser considerado como uma patologia social, um anormal. Assim, conceitos como periculosidade do réu, reincidência e uma personalidade voltada ao crime, passaram a ser utilizados para justificar a repressão estatal, fundamentando o *ius puniendi*.

---

<sup>33</sup> BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Artigo extraído do site [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm), acessado em 06 de março de 2013

<sup>34</sup> BITENCOURT. 2009, p. 56.

Dentre seus autores, talvez o mais expressivo seja Cesare Lombroso, considerado o fundador da escola positivista. Em seu livro *O Homem Delinquente*, ele criou a ideia do criminoso atávico. Deste modo, segundo o autor, era possível encontrar o criminoso nato apenas pelos traços físicos, os chamados estigmas. Seus estudos contribuíram significativamente para a criação da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Nas palavras de Nivaldo Brunoni:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc.<sup>35</sup>

Assim, como na conto de ficção científica *Minority Report*, presente na obra homônima do americano Philip D. Dick, seria possível identificar o criminoso antes mesmo do crime ter sido cometido, em uma aparente futurologia. Porém, no lugar dos “precogs” que conseguiriam ver o crime ocorrendo no futuro, o criminoso seria identificado pela sua personalidade violenta e por determinados traços físicos que o denunciariam.

Destaca-se também a figura de Rafael Garofalo. Sua obra denominada *Criminologia*, publicada em 1885, foi a responsável por dar uma sistematização a escola positiva. Deste modo, como nos ensina Bitencourt<sup>36</sup> ela foi importante para estabelecer: a) A periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; b) A prevenção especial como fundamento da pena; c) O fundamento do direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, sem levar em conta os objetivos reabilitadores.

Hodiernamente, a maioria dos sistemas penais tem como fundamento o direito penal do fato, pautados pelo princípio da culpabilidade. Nesse corolário, ninguém seria culpado de uma forma geral, pela sua conduta social, mas sim por um ilícito específico, realizado em decorrência da sua autonomia de vontade. Isso decorre da constatação de que não seja plausível que o Estado venha a punir seus cidadãos pelo que são, pelo modo como decidiram viver, muito menos pelo seu caráter.

Porém, em que pese essa constatação, na maioria dos casos não foi possível eliminar por completo a presença de institutos representantes do direito penal do autor. No sistema penal brasileiro atual, por exemplo, na fase da individualização da pena, artigo 59, do Código penal, a uma expressa previsão legal que exige do magistrado a observância da personalidade do agente,

---

<sup>35</sup> BRUNONI, Nivaldo. Idem.

<sup>36</sup> BITENCOURT. 2009, p. 58.



seus antecedentes e sua conduta social. Ainda, conforme a análise realizada no presente trabalho, o juiz deverá manifestar-se sobre reincidência para efeitos de agravação da pena.

Manifestando-se sobre o tema, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que:

O sentimento de segurança jurídica não aceita que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se), seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal ao delito, sem levar em conta a extensão do injusto cometido, e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar.<sup>37</sup>

Nesse sentido, a reincidência leva em conta muito mais a vida pregressa do autor do fato delituoso do que a própria conduta *sub judice*. Esse posicionamento é contrário a um sistema penal que visa punir apenas o ato, no chamado sistema penal do fato. Ademais, o condenado tem sua pena agravada por uma condenação anterior, mesmo que ele já tenha cumprido integralmente a sanção aplicada ao caso, punindo-o mais de uma vez pelo mesmo ato, em um claro *ne bis in idem*, vedado pelo direito penal.

Também o princípio da proporcionalidade resta violado, visto que com a reincidência a correspondência/proporcionalidade entre a sanção aplicada para um determinado ilícito previsto no ordenamento é desfeita. A pena aplicada receberá um aumento em virtude da personalidade do agente, decorrente de uma conduta anterior, sem qualquer conexão com o crime agora julgado. Esse aumento baseado na reincidência significa que uma parte da pena é desvinculada da culpabilidade, rompendo com o limite para a aplicação da pena, que deveria ser proporcional à censura posta contra a lesão a determinado bem jurídico.

Apesar desses argumentos doutrinários ainda serem minoritários, a doutrina pátria tem entendido em sua grande maioria, que a reincidência prevista no Código Penal Brasileiro, não contraria o princípio do *ne bis in idem*, nem afronta os outros princípios constitucionais de um estado democrático de direito.

Contudo, o Tribunal do estado do Rio Grande do Sul tem representado exceção, reconhecendo o pleito do não acolhimento da reincidência pela Constituição Federal, afastando sua incidência em determinados julgados: Veja-se:

PENA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ISONOMIA AO ROUBO DE IGUAL QUALIDADE. Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos de forma imanente na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos mandamentos constitucionais, a punição pela prática de

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro V.1. 2011, p. 109.

furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo como estabelece o § 4º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço à metade. PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. **As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. DESVALOR DE AGRAVAMENTO. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do 'bis in idem', inclui-la como causa de agravamento da pena, não leva em conta que o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa.**<sup>38</sup>

Em que pese a argumentação apresentada, em um claro retrocesso jurisprudencial, no dia 4 de abril de 2013, o STF declarou a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena. Deste modo, o relator Marco Aurélio julgando o recurso extraordinário nº 453000, negou provimento ao recurso, alegando que o instituto da reincidência estaria em harmonia com a lei básica da república. Colhe-se de seu voto, que a reincidência seria importante para analisar o perfil do condenado: O fato de haver claudicado novamente, seria fator suficiente para diferencia-lo dos demais cidadãos<sup>39</sup>

## **CAPÍTULO 2 - CRIMES HEDIONDOS E A PROGRESSÃO DE REGIME**

### **2.1 Fundamentos e evolução da Lei de Crimes Hediondos no Brasil**

---

<sup>38</sup> Apelação Crime Nº **70001014810**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 08/06/2000. No mesmo sentido: Apelações nº 70001004530, 70001014810, 70003459997, 70003093499, 70003400157, 70003417623 e 70003664091

<sup>39</sup> BRASIL, **Notícias Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:  
<<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>> Acesso em: 7 abr. 2013.

Dentre o rol de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, temos a previsão do inciso XLIII, que estabeleceu um tratamento diferenciado para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos. O dispositivo constitucional prescreve *in verbis*:

*Artigo 5º, XLIII - A Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Assim, constata-se a escolha do constituinte em tratar determinadas condutas como potencialmente mais graves, e por isso, recebendo um reprimenda mais forte do estado.

Em decorrência da falta de elucidação constitucional e infraconstitucional acerca da definição dos “crimes hediondos”, optou-se pela simples rotulação de tipos penais preexistentes<sup>40</sup>. Nesse sentido, a Lei nº 8.072/90, foi a responsável por atribuir a qualidade de hediondo, para determinados crimes descritos no Código Penal.

Ao deixar para o legislador infraconstitucional a missão de definir os crimes hediondos, o constituinte deixou em aberto o modo como isso seria feito. Assim, para efeitos penais, só serão hediondos aqueles delitos descritos como tal, pela lei ordinária suso referida. Deste modo, a hediondez de um crime não é pautada por características próprias do caso concreto, pela brutalidade do crime ou pelos meios empregados.

Porém, para entender melhor a escolha constitucional em criar os crimes hediondos, e dar-lhes um tratamento mais rigoroso, é necessário buscar sua origem e os fundamentos utilizados para sua criação. Assim, é possível verificar que o dispositivo constitucional em comento, tem como precursor o movimento de “Lei e Ordem”, de origem Norte Americana, surgido na segunda metade do século XX.

Esse movimento, surgido mais precisamente na década de 80, tinha como proposta retomar a ordem, reprimindo todas as condutas desviantes, mesmo que pequenas. Ele se justificava a partir de uma análise feita a época, que apontava a crescente criminalidade como fruto de um tratamento excessivamente permissivo dado aos ilícitos penais, e das penas muito brandas aplicadas a estes.

Nesse sentido, um dos grandes responsáveis por lançar as bases deste novo pensamento, James Q. Wilson, juntamente com George Kelling, com a publicação do artigo *Broken Windows*:

---

<sup>40</sup> SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo. Crimes Hediondos: O regime prisional único e suas consequências práticas no sistema punitivo de Santa Catarina. 2003, p. 41.

*the police and neighborhood safety*<sup>41</sup>, no ano de 1982. Segundo estes, uma pequena infração, se não for devidamente repreendida, pode levar ao cometimento de outros crimes, até mesmo mais graves, em decorrência da sensação de impunidade e tolerância com os delinquentes.

Esta ideologia foi a mesma que deu origem ao programa político-criminal conhecido como “Tolerância Zero”, instaurado em Nova York, pelo prefeito Rudolf Guliani, juntamente com seu chefe de polícia, Willian Bratton em 1994. Baseados na teoria da *Broken Windows*, ou Janelas Quebradas, esse programa era marcado pelo policiamento intensivo à delinquência de rua e na prisão daqueles tidos como vagabundos. Todas as transgressões, por menores que fossem, passaram a ser repreendidas, desde pichações à mendicância. Aqui, o delinquente era visto como uma pessoa distinta das demais em termos qualitativos, um produto alheio e externo à própria sociedade<sup>42</sup>.

O movimento de Lei e Ordem prega um exacerbamento da punição. A resposta encontrada para resolver o problema da crescente criminalidade seria um acréscimo das medidas repressivas, com novas leis penais e sanções mais rígidas, que imponham longas penas privativas de liberdade. Corroborando com esta ideologia, a mídia constantemente nos apresenta crimes horrendos, apresentados como frutos de um tratamento excessivamente benigno dado pela lei aos criminosos.

O professor Eugênio Zaffaroni, comentando tal fenômeno, explica que:

Vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.<sup>43</sup>

Nesse sentido, no Brasil, a promulgação da lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, também teve forte influência do discurso alarmista dos meios de comunicação social, que havia criado um sentimento coletivo de insegurança, em decorrência da verificada alta da prática do crime de extorsão mediante sequestro. Casos marcantes, como o sequestro dos notórios empresários Abílio Diniz e do empresário Roberto Medina, em meados de

---

<sup>41</sup> Disponível em <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em 20 de jul. 2013

<sup>42</sup> FRANCO. Alberto Siva; LIRA. Rafael; FELIX. Yuri. Crimes Hediondos. 7º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 75.

1990, aumentaram a pressão por um maior rigor penal contra estes crimes, tidos como mais violentos.<sup>44</sup>

Desta maneira, após a apresentação de vários projetos de lei, o Deputado Roberto Jefferson, na ocasião relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação, elaborou o Projeto Substituto 5.405/90, que logo foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal.

Neste passo, em 25 de junho de 1990, o então presidente Fernando Collor de Mello promulgou a lei nº 8.072, que ficou conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. A referida lei ainda passou modificações posteriores.

Sem fugir a regra da criação da lei supracitada, a pressão popular e o papel dos meios de comunicação social foram imprescindíveis para as modificações que se seguiram. Deste modo, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, aliadas ao assassinato da artista da Rede Globo de Televisão, Daniela Perez, em 1992, desencadearam uma campanha nacional para um maior recrudescimento penal.

Deste modo, a primeira alteração adveio com a Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, fruto da pressão social e pelos meios de comunicação social, que deu nova redação ao artigo 1º da lei suso referida. Assim, acrescentou o homicídio simples, tipificado no art. 121 do CP, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado, art. 121, § 2º do CP, no rol dos delitos anteriormente definidos como hediondos.

Porém, mesmo com a promulgação da nova lei, os objetivos que a ensejaram não foram alcançados. Alberto Franco afirma que:

A lei 8.930, de 6 de setembro de 1994, foi o produto final da pressão dirigida ao Congresso Nacional pelos meios de comunicação social, mas a inclusão do homicídio na lista dos crimes hediondos não serviu para nada: nem para alterar o desequilíbrio punitivo provocado pela Lei dos Crimes Hediondos, já que não houve, em sua relação, nenhuma mudança da cominação penal, nem para reduzir as ações criminosas contra as quais o diploma legal foi preparado. Os linchamentos, as execuções sumárias e as chacinas, que aumentaram numa evidente progressão a cada ano, não tiveram nenhum enquadramento típico direto, resumindo-se a Lei 8.930/94 a incorporar no homicídio simples a circunstância fática de ter sido executado em atividade típica de grupo de extermínio<sup>45</sup>.

A nova modificação da Lei dos Crimes Hediondos passou pelo mesmo processo. Após sucessivas descobertas no ano de 1998 uma grande quantidade de medicamentos falsificados

---

<sup>44</sup> FRANCO. 2011, p. 150

<sup>45</sup> FRANCO. 2011, p. 176

sendo vendidos normalmente na prateleira das farmácias. Aproveitando-se da situação tal descoberta foi amplamente explorada pelos meios de comunicação social, divulgando diariamente os danos causados aos pacientes pelo consumo de remédios falsos. Novamente, passou-se a exigir a intervenção do direito penal para resolver o problema.

Deste modo, a Lei 9.677, de 2 de julho de 1998, veio a luz para responder este anseio social. Por uma falha técnica – a lei rotulava em sua ementa a qualidade de hediondo, mas nada era previsto no texto da lei - foi promulgada a Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, que inseriu no bojo de crimes hediondos o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no artigo 273, *caput*, do Código Penal.

Com a alteração legislativa, o artigo primeiro da Lei dos Crimes Hediondos sofreu nova modificação. Agora, acrescido do inciso “VII-B”, que preceitua:

Art. 1º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alterado pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

"Art. 1º.....

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998)”<sup>46</sup>.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90, possibilitando ao condenado progredir de regime, mesmo que de maneira mais rígida do que fora previsto no Código Penal Brasileiro e pela Lei de Execuções penais. Sua análise será feita no capítulo 3º, tópico 1.1.

Por fim, a Lei nº 12.015/90 alterou o artigo primeiro da Lei dos Crimes Hediondos, além de acrescentar o artigo 244-B. Nesta senda, passou-se a ter a figura do estupro e a do estupro de vulneráveis, ambos nas suas modalidades básicas e qualificadas, como hediondos. Ainda, o artigo 244-B previu a figura da corrupção de menores de 18 anos, além de estabelecer a possibilidade de aumento de pena, caso a infração cometida ou induzida esteja prevista no artigo 1º da Lei nº 8.072/90. A lei prescreve que:

Art. 1º Esta Lei altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990,

---

<sup>46</sup> BRASIL. Lei n. 9.695 de 20 de agosto de 1998. Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm)>. Acesso em: 30 de março 2013.

que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

[...]

Art. 4º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º ..... V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); .....” (NR)

Art. 5º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

[...]

§ 2º As penas previstas no **caput** deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.<sup>47</sup>”

Da análise da evolução legislativa em torno da Lei dos Crimes Hediondos, percebe-se uma pretensão do legislador brasileiro em solucionar os problemas que surgem na sociedade apenas com a promulgação de novos diplomas punitivos. Essa ideologia acaba por criar aberrações, como a ora analisada. Ponderando essas anomalias criadas pelo legislador e a total falta de proporcionalidade na lei em comento, Alberto Franco afirma que;

A Lei 9.677 contribuiu, além disso, para desequilibrar ainda mais o desestabilizado sistema de penas do Código Penal. Falsificar substâncias alimentícias, tornando-a nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passa a ser conduta bem mais grave do que ofender à integridade corporal de uma pessoa. Provocar uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou a deformidade permanente, ou ainda a incapacidade permanente para o trabalho<sup>48</sup>.

Porém, a ideia de que se obterá mais segurança com a promulgação de novas leis penais, ou com a exacerbação das punições dos tipos já existentes não passa de ilusão.

### 2.1.1 Repercussão penal e processual penal da Lei dos Crimes Hediondos

Conforme apresentado, a lei nº 8.072/90 foi responsável por tipificar e rotular os crimes hediondos, dando-lhes um tratamento diferenciado dos delitos elencados pelo Código Penal e

---

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 30 de mar. 2013.

<sup>48</sup> FRANCO. 2011, p. 178.

leis extravagantes. Ademais, apesar da escolha infraconstitucional em não definir o conceito de crimes hediondos, limitando apenas a rotular os tipos penais preexistentes como tal, a lei em comento modificou seus preceitos secundários, exacerbando as penas para estes delitos.

Neste ponto, ao alterar os preceitos secundários dos crimes hediondos sem qualquer parâmetro, aumentando-os, o legislador infraconstitucional afrontou a aplicação prática do comando constitucional da individualização da pena, visto que obriga o magistrado a sentenciar com fundamento em disciplina legal estabelecida sem qualquer baliza teórica ou lógica<sup>49</sup>.

O artigo 6º da referida lei foi o responsável por alterar sete tipos penais, exacerbando suas penas. Assim, o artigo 157 (latrocínio), teve sua pena mínima aumentada de 15 anos de reclusão para 20 anos. O artigo 159 (extorsão mediante sequestro) teve sua pena mínima elevada de 6 anos de reclusão, para 8 anos. Sua forma qualificada, praticada contra menor de dezoito anos, ou por quadrilha, ou se durar mais de 24 horas, teve sua pena mínima majorada de 8 para 12 anos de reclusão. A mesma sorte tiveram os crimes contra liberdade sexual previstos nos artigos 213, 214, 223, e os crimes contra a saúde pública dos artigos 267 e 270, que tiveram suas penas mínimas exacerbadas.

No que tange a questão processual, alinhando-se com o disposto na constituição, a lei em análise proibiu a concessão da anistia, graça e indulto para os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Também, o legislador infraconstitucional entendeu por bem eliminar a liberdade provisória e a fiança<sup>50</sup>.

Aumentando o rigor penal, na fase da execução da pena, a Lei dos Crimes Hediondos estabeleceu que os condenados por esses crimes deveriam cumprir a pena integralmente em regime fechado, excluindo o sistema progressivo, previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal Brasileiro.

Ademais, o artigo 5º da referida lei alterou a sistemática do livramento condicional para os crimes hediondos e os a eles equiparados. Assim, disciplinou que:

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

---

<sup>49</sup> SURDI, José Guilherme. **A expansão do rol de crimes hediondos no anteprojeto do novo código penal: motivos e inconsistências**. Trabalho de conclusão de curso em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2012. p. 19.

<sup>50</sup> BRASIL, **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 30 março de 2013.



"Art. 83 - (...)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Como depreende-se do artigo, o condenado deverá cumprir dois terços da pena para ter direito ao benefício do livramento condicional. Ainda, acrescentou a ressalva de não ser ele reincidente específico em crimes dessa natureza, sobre pena de não ter direito ao livramento condicional, cumprindo a pena integralmente em regime fechado.

A nova lei apresentou-se assim extremamente repressiva, exacerbando a sanção penal para determinados crimes, eliminando garantias como a progressão de regime, e a possibilidade de conceder anistia, graça ou indulto. Eliminou-se, também, a fiança e a liberdade provisória, além de dificultar o livramento condicional, suprimindo-o em determinados casos.

### **2.1.2 Crimes hediondos e o direito penal do inimigo**

O poder de punir em um estado constitucional democrático de direito, como o próprio nome sugere, deve estar fielmente submetido a sua Carta Maior. Neste quesito, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma gama de garantias fundamentais nunca antes experimentada em outras constituições e que deve orientar qualquer norma infraconstitucional que pretenda ser legítima.

A Lei de Crimes Hediondos, conforme apresentado alhures, teve como fulcro a ideologia Norte Americana de "Lei e Ordem". Deste modo, estes dois movimentos político-criminais têm como fundamento, as premissas segundo as quais a problemática criminal se dá pela equação sociedade-delinquente, bem contra o mal. O criminoso é visto como um ser desviante que precisa ser combatido, um ser hostil.<sup>51</sup>

Ambos surgem em um cenário onde a questão criminal não passa pela análise de políticas públicas de bem estar social, mas pelo simples incremento de novas leis penais e maiores sanções, em uma suposta luta contra a criminalidade. O legislador apodera-se da insegurança criada pelos meios comunicacionais e aprova leis pelo simples efeito simbólico obtido mediante sua promulgação<sup>52</sup>. Conforme Sérgio Salomão Shecaira:

---

<sup>51</sup> FRANCO. 2011. p. 152

<sup>52</sup> Sobre o caráter simbólico da pena; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo – noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 59 "Quando se usa o sentido crítico o conceito de Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referencia a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o

Podem ser citados, dentre outras formas de expressão desse sentimento de insegurança (apropriado por uma nova direita), alguns mecanismos de exacerbação da punição, movimento comum à pós-modernidade de um mundo dito globalizado: o Direito Penal do Inimigo; o Movimento de Lei e Ordem; e a Tolerância Zero, com as várias formas de fobias raciais. Embora apresentem facetas distintas, há uma interpenetração dessas categorias<sup>53</sup>.

Esse pensamento não é novo, pelo contrário, esse etiquetamento do condenado como um ente perigoso vem de longa data. Segundo o professor Eugêno Zaffaroni:

*O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.*<sup>54</sup>

Ele segue afirmando que este tipo de tratamento é próprio de estados absolutos, que permitem este tratamento diferenciado, negando juridicamente a condição de pessoa ao inimigo. Porém, o chamado “direito penal do inimigo” é inconcebível dentro de um estado constitucional de direito, visto que este não admite um tratamento penal diferenciado ao tido como diferente, ou como coisa perigosa.

A formulação do conceito do direito penal do inimigo é atribuída ao estudioso alemão Günther Jakobs. Conforme depreende-se de sua obra de título homônimo, os inimigos da sociedade seriam todos aqueles que realizam a chamada criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os casos de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas<sup>55</sup>. Esses indivíduos não ofereceriam segurança suficiente de que se comportariam de acordo com as normas estabelecidas, não podendo então serem tratados como pessoas.

Ao cometer os crimes relacionados, o delinquente rompe com o contrato social que a todos obriga, e entra em um estado de guerra contra o Estado posto. Neste ponto, não seria possível reconhecer-lhe qualquer direito reservado aos cidadãos, negando-o essa condição,

---

objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta.

<sup>53</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5. Outubro/2009, p. 165-176

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo – noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 35.

passando a ser considerado um inimigo da sociedade<sup>56</sup>. Jakobs afirma que elementos como o citado devem ser combatidos pelo estado na medida de sua periculosidade, sendo possível excluir-lhes direitos, de modo “juridicamente ordenado”<sup>57</sup>.

Nesse sentido, existiria um direito penal reservado aos cidadãos e aos delinquentes que não apresentassem um risco a existência do contrato social, e um reservado àqueles que a este se opõe e se encaixam na qualidade de inimigos. Para os primeiros, seria assegurado todas as garantias penais e processuais penais típicas de um Estado Democrático de Direito, e contra os que estão em guerra contra o estado, existiria apenas a coação física, sendo seus direitos flexibilizados na medida das situações de emergência que surgirem.

Comentando essa mitigação de direitos, Zaffaroni afirma que a decisão de quem será tratado como inimigo é política, cabendo deste modo ao soberano, a escolha. Ele também esclarece que não se trata de um inimigo pré-determinado, mas de uma identificação vazia de conteúdo, que quem detém o poder pode preencher a seu bel prazer. O soberano seria responsável por identificar as supostas situações de emergência, que legitimariam a identificação do inimigo que julgar oportuno, mesmo que acima da lei ou da própria constituição.<sup>58</sup>

Embora Jakobs pretenda oferecer limitações aos considerados “não pessoas”, como forma de evitar que esse tratamento diferenciado, seja estendido aos cidadãos de forma ilimitada, ele introduz dentro do Estado de Direito, algo estranho a ele, o inimigo. Nesse sentido, Zaffaroni explicita que;

Isto é o que quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou – e continua considerando – compatível um incompreensível conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.<sup>59</sup>

Caracterizado o direito penal do inimigo e suas consequência nefastas dentro de um Estado de direito, cabe analisar seus elementos essenciais, a fim de evitar que este adentre o

---

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal). Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito\\_penal\\_inimigo\\_luiz\\_flavio\\_gomes.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf)>. Acesso em 23-3-2013.

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo – noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 40

<sup>58</sup> ZAFFARONI. 2011, p. 142-144.

<sup>59</sup> ZAFFARONI. 2011, p. 159.

ordenamento jurídico, utilizando-se de outros subterfúgios. Assim, elencando os elementos do direito penal do inimigo, Manuel Cancio Meliá esclarece que:

“O direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é atual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. **Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.**”<sup>60</sup> (grifo nosso)

No Brasil não foi diferente, com uma pretensa desculpa de combater a criminalidade violenta que vinha crescendo, conforme a mídia nacional afirmava, e de modo a “proteger a sociedade”, no melhor sentido da guerra contra o crime, legitimou-se novamente o direito do inimigo, enterrando garantias constitucionais. A Lei dos Crimes Hediondos é de forte índole autoritária, e suprime garantias processuais conquistadas ao longo dos séculos<sup>61</sup>.

Não é preciso uma análise profunda, para encontrar a identificação do inimigo por trás da elaboração da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, basta verificar as razões apresentadas pelo professor Damásio de Jesus, na apresentação do projeto de lei nº 3.754/89, que visava regulamentar o dispositivo constitucional. Conforme depreende-se de suas razões, tinha-se à época a necessidade de viabilizar uma guerra contra o crime, reforçando o poder de punir do Estado contra a criminalidade violenta. Assim, em síntese, Damásio afirmava que:

A criminalidade, principalmente a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade. A reforma de 1984 não fora suficiente para adequar a legislação penal às exigências da sociedade brasileira e o instrumento jurídico de contenção do crime deveria ser aprimorado. A criminalidade violenta não diminuiu. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante sequestro, etc., vêm intranquilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo – noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 67

<sup>61</sup> As razões destacadas tem base no Diário do Congresso Nacional, tendo sido publicadas em 28 de setembro de 1989. Pp. 10.605-10.606

<sup>62</sup> FRANCO, Alberto Silva. 2011, p. 160.

Ainda que se constate que novos projetos de lei foram apresentados até a lei 8.072/90 ser publicada, esta ideologia foi a que acabou inspirando o legislador. Com a regulamentação do dispositivo constitucional, suprimiu-se as garantias dos condenados pelo cometimento de crimes hediondos e seus assemelhados, proibindo o reconhecimento de determinadas causas extintivas de punibilidade; anistia e graça. Também, eliminou a garantia da liberdade com fiança.

Por fim, a lei infraconstitucional sobre o tema, de início, proibiu a progressão de regime por completo, tendo este entendimento mudado apenas com a promulgação da Lei nº 11.646 de 2007, e sua aplicação por analogia aos crimes hediondos por parte da jurisprudência. Em que pese o avanço, a progressão de regime ainda encontra-se mitigada, além de contar com uma interpretação que desfavorece os reincidentes em crimes comuns, como será analisado em tópico subsequente.

Conquanto seja possível encontrar na Lei dos Crimes Hediondos, os três elementos caracterizadores de um direito penal do inimigo, conforme apresentado por Manuel Cancio Meliá, o presente trabalho visa focar seu terceiro elemento: a relativização ou extinção de garantias processuais, em especial, a relativização do sistema progressivo feita pelo novo diploma, colocando em xeque a recuperação do condenado, principalmente para os reincidentes.

Assim, em que pese considerarmos a lei como um todo inconstitucional, pretendemos mitigar seus danos interpretando a reincidência do art. 2º, parágrafo 2º, como reincidência específica, sem necessidade de alteração legislativa. Porém, isso não impedirá que o tratamento diferenciado aos condenados pela Lei dos Crimes Hediondos seja posteriormente declarada inconstitucional em decorrência da afronta ao Estado de direito Democrático. Além do mais, esta diferenciação sempre poderá ser declarado inconstitucional de maneira incidental, por via de exceção, através do controle difuso de constitucionalidade.

## **2.2 Histórico do sistema progressivo**

As ideias iluministas por uma maior humanização da pena, tiveram um reflexo fundamental no surgimento do sistema progressivo e seus respectivos fundamentos. Com o abandono progressivo da pena de morte, rechaçado pelos autores das luzes, a pena privativa de

liberdade passa a ser a principal manifestação do poder de punir do estado, chegando atualmente a ser considerada a espinha dorsal do sistema penal.

Com o surgimento das primeiras penitenciárias nos Estados Unidos, tem-se o marco inicial da utilização da pena privativa de liberdade como forma de execução penal. Assim, conforme ensina o professor Júlio Fabbrini Mirabete<sup>63</sup>, quanto à execução da pena foram três os sistemas penitenciários: o sistema penitenciário Pensilvanico, Celular, ou ainda Filadélfico; o de Alburn; e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

A principal característica do sistema Filadélfico era o rigoroso isolamento do preso, a fim de reflexão, reza e purgação da falta. Em poucas ocasiões era permitido o trabalho em cela, e quando este era realizado, as tarefas eram tediosas ou sem sentido, não diminuindo o problema do total isolamento. Este total isolamento deu origem a uma alta taxa de suicídio dentro dos presídios, além de um aumento no desenvolvimento de transtornos mentais entre os apenados. Via-se assim uma dificuldade na reinserção do condenado ao meio social.

A partir da constatação do fracasso do sistema celular, na primeira metade do século XIX foi implementado o sistema auburniano, na prisão de Auburn. Portanto, frente a constatação da ineficácia do confinamento solitário, o novo sistema o abandonou, passando a ser permitido o trabalho em comum dos reclusos. Porém, era imposta uma rigorosa regra do silêncio, impedindo os presos de comunicarem-se enquanto trabalhavam e adotando um confinamento solitário durante a noite<sup>64</sup>.

Tendo como uma das características principais o trabalho, o sistema auburniano encontrou forte resistência dos sindicatos, frente a ameaça que esse trabalho dentro das prisões representava. Segundo eles, os menores custos da força de trabalho, criariam uma concorrência ao trabalho livre<sup>65</sup>. Ademais, o rigoroso sistema disciplinar aplicado, somado aos castigos cruéis e excessivos, foram outros fatores criticados.

Ainda segundo Bitencourt, as semelhanças entre os dois sistemas são grandes. Na verdade, a principal diferença entre os dois sistemas, baseava-se na reclusão imposta durante a noite aos condenados.

*Não há radical diferença entre o sistema auburniano e o filadélfico, apesar de que a polêmica que existiu entre as vantagens e inconvenientes de ambos pudesse levar a outra conclusão. Os sistemas impediam que os reclusos pudessem comunicar-se entre si*

---

<sup>63</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Gera. 2008, p. 250

<sup>64</sup> BITENCOURT. 2009, p. 134.

<sup>65</sup> BITENCOURT. 2009, p. 135

*e os separavam em celas individuais durante a noite. A diferença principal reduz-se ao fato de que no regime celular a separação dos reclusos ocorria durante o dia; no auburniano, eram reunidos durante algumas horas, para poderem dedicar-se a um trabalho produtivo.*<sup>66</sup>

Por fim, o sistema progressivo caracterizava-se por premiar o mérito do condenado, mediante o acúmulo de vales ou marcas *mark sistem*, as quais amealhadas em determinada quantidade, garantiam a passagem do cumprimento da pena de uma fase, para outra menos rigorosa. Os vales eram distribuídos de acordo com o trabalho produzido diariamente, havendo multa para o mal comportamento. Ainda, a quantidade necessária para passar para o próximo etapa do cumprimento da pena, era estipulado de acordo com a gravidade do delito cometido.

Nesse sistema, premia-se o comportamento do condenado, que mediante seu esforço, conseguiria passar de um regime a outro com mais benefícios. O condenado vai ganhando paulatinamente novas responsabilidades, reincorporando-se aos poucos ao convívio social. Esse sistema substituiu o celular e o Auburniano, principalmente por diminuir o rigor da execução penal, assim como valorizar o bom comportamento do recluso.

O sistema progressivo foi inaugurado com o Capitão Alexander Maconochie, na Ilha Norfolk, Austrália, em 1840. Em sua forma original, consistia em três etapas para o cumprimento da pena. Assim, o início da execução da pena se dava em um isolamento celular absoluto do condenado. No segundo, havia a permissão do trabalho em comum, mesmo que em silêncio, e por fim, na terceira etapa, permitia-se o livramento condicional.<sup>67</sup> Cabia ao apenado, mediante seu trabalho, acumular uma quantidade de vales ou marcas para passar para a etapa seguinte.

### **2.2.1 Sistema progressivo no Brasil**

Buscando se adequar com os regimes internacionais, na procura de uma execução penal mais humanitária, o Brasil adotou o instituto da progressão de regime. O artigo 33, parágrafo 2º,

---

<sup>66</sup> BITENCOURT. 2009, p. 136.

<sup>67</sup> MIRABETE. 2008, p. 250.

do Código Penal Brasileiro, em sua parte geral reformada pela Lei 7.209/84, foi o responsável por introduzir o sistema progressivo definitivamente. Em sua redação estabelece:

*Artigo. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

(...)

*Parágrafo 2 - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.*

Dentro da Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal, temos o artigo 112, que foi o responsável por repetir os requisitos subjetivos definidos no art. 33, do código penal, ou seja, “ostentar bom comportamento carcerário”. Também, definiu o critério objetivo para a concessão da benesse, ou seja, ter o preso cumprido 1/6 da pena no regime anterior. Deste modo, assim preceitua o artigo 122:

*Artigo 122 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovando pelo direito do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.*

Portanto, qualquer condenado que supra esses dois requisitos tem o direito subjetivo de progredir para um regime mais brando, dentre os disciplinados na legislação vigente. O código penal brasileiro estabelece três modalidades de cumprimento da pena restritiva de direito. De acordo com *quantum* estabelecido na sentença condenatória, pela reincidência ou não do condenado, bem como pelo comportamento do condenado, o cumprimento poderá se dar em três regimes diferentes de execução: o fechado, o semiaberto e o aberto.

Dentre os três, o regime fechado é o mais rigoroso dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. Segundo preceitua o artigo 33, do Código Penal, somente os condenados a pena de reclusão poderão ingressar neste regime. Assim, todos aqueles que forem condenados a uma pena maior de 8 anos, deverão iniciar seu cumprimento no regime fechado. Ainda, o regime deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média<sup>68</sup>.

Para o condenado em regime fechado, veda-se também o trabalho fora do estabelecimento, salvo em serviços ou obras públicas. Estará porém, obrigado ao trabalho em

---

<sup>68</sup> Art. 33, § 1o, a', do Código Penal.



comum dentro da penitenciária. Ainda, conforme a Lei de Execuções Penais, é vedada a benesse da saída temporária, restando apenas a possibilidade da permissão de saída em situações excepcionais<sup>69</sup>.

O regime semiaberto<sup>70</sup> aplica-se tanto a pena de reclusão quanto à de detenção. Assim, aos condenados não reincidentes, que tenham uma pena superior a 4 anos e que não exceda a 8, poderão iniciar a execução da pena neste regime. Também, estarão sujeitos a tal regime os condenados a pena menores que 4 anos, desde que reincidentes. Nesta execução, mais branda que a anterior, o condenado cumprirá a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

No regime supracitado, visando um maior contato com a sociedade, o condenado poderá realizar serviços externos ao estabelecimento em que a execução da pena esteja sendo cumprida, até mesmo na iniciativa privada. Deste modo, assim estabelece o artigo 34, §3, do Código Penal:

*Art. 35 – Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.*

*§ 1 – (...)*

*§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.*

Ademais, acompanhando o menor rigor que o regime semiaberto representa, a Lei de Execuções penais estabelece a possibilidade da saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta. Assim, aqueles que tenham cumprido 1/6 da pena, ou 1/4 se reincidentes, juntamente com um comportamento adequado, poderão requerer o benefício<sup>71</sup>.

Dentre os três regimes de cumprimento de pena presentes no Código Penal Brasileiro, o regime aberto<sup>72</sup> representa o mais brando. Neste, se enquadrará todos os condenados não reincidentes, cuja pena seja inferior a 4 anos. No regime aberto a execução da pena restritiva de liberdade acontecerá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Conforme estabelece o Código Penal, neste regime mais brando a execução da pena será pautada pela autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Destarte, o condenado apenas será privado de sua liberdade no período noturno e nos dias de folga, onde deverá

---

<sup>69</sup> Art. 120, I, II, da Lei nº 7.210 de 1984.

<sup>70</sup> Artigo 33, § 1º, b', do Código Penal.

<sup>71</sup> Art. 123, I, II, da Lei nº 7.210 de 1984.

<sup>72</sup> Artigo 33, § 1, c', do Código Penal.

permanecer recolhido na casa de albergado ou estabelecimento adequado. Fora destes estabelecimento ele poderá trabalhar, frequentar cursos ou exercer atividade autorizada.

Cumprido os requisitos subjetivos e objetivos necessários a concessão da progressão para o regime aberto a sua negativa não poderá ser pautada unicamente pela ausência de casa de albergado na respectiva comarca. Nesse passo, seria desarrazoado e uma injustiça a imposição ao condenado de permanecer em regime mais gravoso, ainda que atendendo os requisitos necessários à progressão, pela simples omissão do Estado. Felizmente este tem sido o entendimento dos tribunais, afirmando que no caso da omissão estatal o recluso poderá cumprir o restante da condenação em domicílio.

Todavia, de acordo com o instituto da regressão, dentro do sistema progressivo o condenado poderá passar para qualquer um dos regimes mais rigorosos, desde que o condenado cometa alguma das condutas descritas no inciso I e II do artigo 118, da lei de execução penal. O artigo assim dispõe;

Artigo 118 – A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

Assim, conforme depreende-se da análise dos regimes de cumprimento da pena de restrição de liberdade, o condenado vai adquirindo ao longo da execução maior autonomia. Outrossim, o regime de progressão de pena representa um avanço no sistema prisional brasileiro, acompanhando os ordenamentos mundiais mais avançados e compatibilizando-se com a individualização da pena.

Compatibiliza-se também com princípio da dignidade da pessoa humana, visto que no referido sistema o condenado se mantenha esperançoso em uma melhora de sua condição. O objetivo principal deste modelo de cumprimento de pena é possibilitar que o condenado possa se reintegrar na sociedade, uma das finalidades da pena restritiva de liberdade. Assim, durante o cumprimento da pena ele terá a oportunidade de trabalhar, frequentar cursos especializantes, de instrução de segundo grau ou superior assim como aproximá-lo de sua família e sociedade.

### **CAPÍTULO 3 - Inaplicabilidade da reincidência genérica na progressão de regime nos crimes hediondos.**

#### **3.1 A progressão de regime nos crimes hediondos**

Conforme assinalado, a Lei nº 8.072/90 foi a responsável por erigir determinados crimes ao status de hediondos, adotando regras mais rígidas para os mesmos. Assim, a nova lei já em sua redação original, tratou de classificar de forma taxativa os crimes hediondos. Em seu artigo 1º, a lei trouxe o rol de crimes que receberiam um tratamento diferenciado. Como visto, tal artigo foi modificado por leis posteriores, tendo recebido em seu bojo novos crimes, e tendo outros perdido essa característica, sem contudo, deixar de ser taxativo.

Outro ponto importante da nova lei, foi a escolha legiferante por não conceder o direito à progressão de regime para os condenados pela Lei nº 8072/90, garantia esta presente na legislação pátria desde 1984, com a promulgação da Lei nº 7.204/84 (Lei de Execução Penal), afrontando o princípio da proporcionalidade, da individualização e da humanidade da pena. Assim, quem fosse condenado em algum dos crimes relacionados no artigo primeiro desta lei, iria iniciar e terminar o cumprimento da pena em regime fechado, sem direito a progressão.

Outrossim, apesar de responder ao anseio social por um sistema mais rígido, contra o acusado de ter cometido estes crimes tidos como mais graves, esse novo tratamento agravou em muito a situação do apenado, afrontando direitos fundamentais, incidindo assim em clara inconstitucionalidade.

Como resultado, a lei estabeleceu que para estes crimes, não existiria a possibilidade de estabelecer fiança, conceder liberdade provisória, além de a pena ter que ser cumprida integralmente em regime fechado. Nesse sentido, assim dispunha a redação original do artigo 2º, *caput* e § 1º:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Neste diapasão, o requisito subjetivo necessário à progressão de regime foi suprimido pela nova lei, ante a impossibilidade desta. Ainda, a importância do bom comportamento carcerário esvaiu-se, visto que o condenado não vê qualquer possibilidade de melhorar sua situação, já que este permanecerá sempre no regime de cumprimento de pena fixado na sentença condenatória, ou seja, o fechado.

Em que pese este dispositivo vedar o instituto da progressão de regime, a doutrina especializada passou a contestar sua constitucionalidade. Conforme dispuseram à época JOÃO JOSÉ LEAL e RODRIGO JOSÉ LEAL:

Na verdade, ao aprovar a LCH, o legislador de 1990 ignorou o princípio da individualização da pena, previsto no art. 59 do CP e consagrado no art. 5º, inc. XLI, da CRFB. Segundo este princípio, cada condenado deve receber a reprimenda certa e determinada para a prevenção e repressão do seu crime. O processo executório deve ficar, também, sujeito às regras do princípio individualizador, para que a expectativa de reinserção social do condenado (uma das funções da pena privativa de liberdade), não fique completamente frustrada de antemão.<sup>73</sup>

No mesmo sentido, alegando a inconstitucionalidade do referido artigo, ensina Cezar Roberto Bitencourt que;

A doutrina, em geral, sempre teve grandes dificuldades em aceitar a proibição da progressão nos chamados ‘crimes hediondos’. Nossa contrariedade à proibição da progressão é mais abrangente, pois além de violar o sistema progressivo de cumprimento de pena e desprezar o objetivo ressocializador atribuído à sanção penal, e, por extensão, a individualização da pena, ignora a política-criminal admitida e comandada pelo Estado Democrático de Direito.<sup>74</sup>

A própria exposição de motivos, da nova parte geral do código penal, preceitua que: “*As penas devem ser limitadas, para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal.*”. Ora, um condenado na situação acima exposta, que não possui qualquer estímulo para aceitar a disciplina carcerária, deixará de cometer infrações dentro do sistema penitenciário?

A controvérsia em torno do tema aumentou quando da promulgação da Lei nº 9.455/97, que trouxe a possibilidade de progressão de regime para o crime de tortura, delito este que constitucionalmente, possui um regime comum com os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes hediondos, conforme o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal Brasileira.

Portanto, a nova lei prestigiou o instituto da progressão de regime ao estabelecer em seu artigo 1º, §7º, que todo condenado por crime de tortura “*iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*”. Assim, tanto parte da doutrina, como uma corrente minoritária da jurisprudência,<sup>75</sup> passaram a entender que o sistema progressivo deveria ser aplicado

---

<sup>73</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Progressão de regime prisional e crime hediondo*. Análise da Lei no 11.464/2007 à luz da política criminal. Disponível em <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>, Acesso em: 03.03.2013

<sup>74</sup> BITENCOURT. 2009, p. 491.

<sup>75</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei no 7.210, de 11-7-84*. ed. – Revista e Atualizada – São Paulo : Atlas, 1977. p.261. “HC 7.197-DF, do STJ, 6.a Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 04.06.1998, DJU de 03.08.1998, p. 325. V. ainda: HC 7.185-DF, STJ, 6.a Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 19.05.1998, DJU de 10.08.1998, p. 81.JTJ 168/326, 184/318; RJTJERGS 174/101, 177/91; STF: HC 73980-6-PR-DJU 8-11-96, p. 43.202”.

analogicamente à lei nº 8.072/90, por se tratar de uma interpretação extensiva, de uma lei mais benéfica ao condenado, a chamada analogia *in bonam partem*.

Infelizmente, este não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, que acabou sumulando entendimento contrário. Deste modo, em clara afronta ao princípio da individualização da pena e da própria dignidade humana, a Súmula Vinculante nº 698 estabeleceu que: “*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura*”.

Posteriormente, após a edição da súmula nº 698, o Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre o assunto. No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7<sup>76</sup>, foi dada nova interpretação para o tema. Deste modo, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1 da Lei dos Crimes Hediondos, dezesseis anos após sua entrada em vigor.

Para tanto, foi levado em conta a sua flagrante violação à garantia constitucional da individualização da pena. Ainda, o relator Marco Aurélio afirmou o que a doutrina já assinalava ao indicar a necessidade de se dar igual tratamento, entre os crimes hediondos e o crime de tortura, estendendo a benesse do sistema progressivo para aqueles.

No supracitado *Habeas Corpus*, o relator Marco Aurélio, afirmou que a progressão de regime esta umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de seu rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. Suprimir tal instituto seria privar o condenado da humanização da pena, despersonalizando-o, além de devolver à sociedade alguém embrutecido. Em sua fundamentação, também asseverou que a constituição federal previu as restrições a serem impostas àqueles que se enquadram na lei 8.072/90, não constando nenhuma restrição a progressão de regime. Assim, não caberia ao legislador infraconstitucional criá-las<sup>77</sup>.

### **3.1.1 A lei 11.464/07 e os requisitos para a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.**

Após a declaração de inconstitucionalidade por controle difuso realizado pelo STF, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, em Fevereiro de 2006, foi editada pelo Congresso

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 82959, de São Paulo . Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> . Acesso em: 5 de abril 2013.

<sup>77</sup> Id. Ibid. p. 6

Nacional a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou o artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, além de acrescentar um §2º neste artigo.

Outrossim, o artigo ficou com a seguinte redação;

Art. 1º - O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: §1 A pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente em regime fechado*.

§2 A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Neste passo, a nova lei criou um regime de cumprimento de pena diferenciado para aqueles condenados pela Lei dos Crimes Hediondos. Apesar de reconhecer o direito ao sistema progressivo, adotou-se um modelo de progressão mais rígido, um sistema mitigado quando comparado com o regime de cumprimento de outros delitos, em especial para a situação daqueles condenados que são reincidentes, conforme o artigo 2º da referida lei.

Para poder progredir de um regime mais rigoroso para um mais brando, o condenado pela Lei nº 8.072/90 deverá cumprir o requisito subjetivo, presente na Lei de Execução Penal, e o requisito objetivo, agora mais rigoroso. Em que pese o requisito subjetivo permanecer inalterado pela nova lei, ou seja, ostentar um bom comportamento carcerário, comprovado pelo atestado de conduta carcerária, o requisito objetivo por si só, confere nova cara ao instituto.

Neste diapasão, novamente o legislador infraconstitucional acrescentou limitações às garantias, para aqueles que se enquadram em algum crime da Lei dos Crimes Hediondos. Mesmo não estando previsto no art. 5, inciso XLIII, da CF, a lei prejudicou a progressão de regime do cumprimento da pena dos acusados.

Assim, é dificultada em demasia a progressão de regime do cumprimento da pena; segundo o novo dispositivo o condenado por crimes hediondos deverá cumprir 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, ou 3/5 (três quintos), se reincidente. Deste modo, por exemplo, analisando apenas o requisito objetivo da progressão de regime, uma pessoa condenada a 10 anos de prisão em regime fechado por crime comum, irá progredir para o semiaberto após 3 anos e 4 meses.

A mesma sentença para um condenado pela Lei nº 8.072/90, não reincidente, fará com que ele tenha que cumprir 4 anos, para ter direito a mesma progressão. Por fim, ao condenado pelo cometimento de um crime hediondo, reincidente, terá que cumprir 6 anos em regime fechado, para poder progredir ao semiaberto, quase o dobro do que a lei de execução penal previa inicialmente.

### 3.2 Inaplicabilidade da reincidência genérica na progressão de regime dos crimes hediondos.

Conforme dito alhures, a atual sistemática da Lei nº 8.072/90 prevê em seu artigo segundo, que para os crimes hediondos, o requisito objetivo para a progressão de regime é o cumprimento de 2/5 da pena fixada. Ainda, para aqueles que são reincidentes, será necessário cumprir 3/5 da pena para obter o direito à progressão, sendo necessário nos dois casos, o bom comportamento carcerário.

Neste tocante, a maioria da jurisprudência pátria tem entendido que para se qualificar na reincidência do dispositivo susso referido, basta que o condenado tenha sido condenado anteriormente em qualquer tipo de crime. Veja-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PORTE DE UM TELEFONE CELULAR E CARREGADOR EM PRESÍDIO. ART. 50, INCISO VII, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA **PROGRESSÃO DE REGIME**. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SESSÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. **RÉU REINCIDENTE. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) DA PENA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME**. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

(...)

3. A Lei n.º 11.464/07 afastou do ordenamento jurídico o regime integral fechado imposto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, assegurando-lhes a progressão de regime prisional após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente, sem distinção entre condenação anterior por crime comum, como no caso, ou por hediondo ou equiparado. Não há, assim, exigência de que a reincidência seja específica.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada<sup>78</sup>. (Grifo nosso)

Nesse sentido, conforme o julgado apresentado, a jurisprudência pátria realiza uma interpretação literal do artigo que trata da reincidência nos crimes hediondos. A análise feita parte do pressuposto que a reincidência que consta no artigo 2º, §2, da lei nº 8.072/90 seria a reincidência genérica presente no artigo 63, do Código Penal, que estabelece:

---

<sup>78</sup> BRASIL Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: nº 173992/MS**, do Mato Grosso do Sul. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=173992&b=A COR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=173992&b=A COR)>. Acesso em: 6 de abril de 2013.



Artigo 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Neste ponto, mesmo aquele que tenha sido condenado em um crime culposos terá sua progressão de regime agravada por ser considerado reincidente, na forma do artigo 63, do Código Penal, se enquadrando no tipo legal da Lei dos Crimes Hediondos. Nesta senda, um crime de furto, difamação ou violação de correspondência, teria o mesmo peso que um crime de extorsão qualificada pela morte ou um latrocínio, para efeitos de reincidência na progressão de regime dos crimes hediondos.

Não obstante ainda representar maioria, o referido posicionamento não deve prosperar. Assim, para efeito de reincidência, de modo a prejudicar o sistema de progressão do condenado, devem ser consideradas apenas as condenações transitadas em julgado em crimes hediondos ou assemelhados pelo comando constitucional.

Esse entendimento coaduna-se com a previsão constitucional, visto que apenas esses crimes motivaram o constituinte a estabelecer uma reprimenda maior, na forma do art. 5º, inc. XLIII da CF/88. Caso o acusado tenha sido condenado pelo cometimento de um crime comum, ele não será considerado reincidente, caso venha a cometer algum crime previsto na Lei nº 8.079/90. Neste passo, para efeitos de progressão de regime, o condenado será tido como primário, bastando cumprir 2/5 da pena no regime anterior para progredir à um mais brando.

Colhem-se da doutrina especializadas ensinamentos no mesmo sentido. Veja-se:

Levando em consideração, no entanto, que o crime hediondo e os crimes a ele assemelhados fazem parte, em verdade, de um subsistema constitucional penal fechado e autônomo alavancados pelo inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, força é convir que o conceito de reincidência deve ser buscado dentro desse subsistema e não no sistema geral e aberto do Código Penal.<sup>79</sup>

Dando suporte à existência de um subsistema penal fechado e autônomo criado pela norma constitucional, conferindo um tratamento uniformemente rigoroso a estes crimes devido a sua gravidade, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto julgando o HC 76.371-0-SP, salientou que: *“Ora, está-se diante de tratamento próprio, sistemático, quanto as consequências do crime, considerados procedimentos glosados penalmente que encerram, para efeito de tratamento no campo da persecução criminal, um grande todo”*.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> FRANCO. 2011, p. 376

<sup>80</sup> Jurisprudência extraída do site <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol299/jurisprud.htm>, acessado em 04.03.2013

Ainda, o Ministro Vicente Leal, julgando o HC nº 7.197/DF, citando Alberto Silva Franco, dispôs em seu voto que:

*Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei n. 8.072/90, mesmo estabelecendo restrições ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro lado, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecido na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei n. 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem, sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão de regra do § 7º, do artigo da Lei n. 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional" (Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 19, p. 69)<sup>81</sup>.*

Destarte, o constituinte ao estabelecer que estes crimes apresentam uma danosidade social maior, em virtude dos bens jurídicos lesados, fez claramente uma distinção em relação aos outros delitos tipificados no Código Penal e legislação esparsa, impossibilitando sua comparação para efeito de reincidência.

Resumindo, a constituição adotou claramente uma política penal diferenciada para estes crimes em razão da sua maior periculosidade, reprovabilidade, ofensividade e lesividade aos bens jurídicos, o que não poderia ser desrespeitado pela legislação infraconstitucional. Dar essa interpretação literal a Lei dos Crimes Hediondos, equiparando-os com crimes comuns para efeito de reincidência, desvirtuaria o próprio sentido de ser da lei, qual seja, dar um tratamento diferenciado a estes crimes

Deste modo, a agraviação da progressão de regime pela reincidência genérica, nos moldes do artigo 63 do Código Penal, cria uma desproporção entre a gravidade dos crimes cometidos e o modo de execução da pena aplicada ao caso concreto, apresentando uma intervenção estatal desnecessária.

---

<sup>81</sup> Informativo 418 do STF, extraído do site

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo418.htm>, acessado em 25 mar. 2013

Ademais, uma interpretação literal do dispositivo legal em questão, contraria as garantias fundamentais presentes em nossa Carta Magna, amplamente consolidados também na comunidade internacional. Assim, o uso da reincidência genérica contraria os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

### **3.3 Reincidência genérica e a afronta aos princípios constitucionais fundamentais de direito penal.**

No Brasil, a constrição da liberdade do indivíduo representa uma das penas mais drásticas que o Estado pode adotar contra os seus cidadãos. Nesse sentido, em que pese a Lei dos Crimes Hediondos ter evoluído ao passo de reconhecer a inconstitucionalidade da supressão do sistema progressivo, garantia expressamente prevista na legislação brasileira, a nova interpretação conferida ainda representa uma afronta a certos princípios de direito penal.

Nesse sentido, a interpretação restritiva da reincidência, para considerar apenas a reincidência específica para prejudicar regime de execução da pena, ou seja, a progressão de regime, é medida que se impõe tanto pela análise dos objetivos do legislador constitucional, permitindo assim uma analogia com o instituto do livramento condicional, quanto por mitigar sua afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Adotar um entendimento oposto seria transgredir o princípio da proporcionalidade, visto que ser reincidente em um crime comum não imputa qualquer agravação no sistema progressivo “normal”, não podendo assim afetar a progressão para os crimes hediondos. Ademais, contraria o princípio da individualização da pena pois colocaria no mesmo patamar crimes como o de furto e de extorsão qualificada pela morte. Tais questões serão melhor analisadas nos tópicos subsequentes.

#### **3.2.1 Do princípio da proporcionalidade**

O referido princípio tem suas raízes no direito constitucional germânico. Originalmente criado para mitigar os possíveis excessos cometidos pelo estado e transportado para o sistema penal, ponderando assim, os bens lesionados e a gravidade da pena cominada.

No Brasil, ele foi acolhido pela Declaração de Direitos e Deveres do Homem e o Cidadão, de 22 de agosto de 1795, em seu artigo 12, que assim versa: “*A lei não deve assinalar senão as penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*”. Em nosso ordenamento jurídico, segundo a doutrina<sup>82</sup>, o princípio tem fundamento constitucional na medida em que representa o aspecto substancial do devido processo legal, expresso no art. 5º, LIV; e o princípio da racionalidade das sanções penais, previsto no art. 5º, XLVII da CF, vedando qualquer tipo de excesso.

Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes, citando José Miguel Zugardía Espinar, resumiu o princípio da proporcionalidade, afirmando que;

Em suma, o princípio da proporcionalidade – que obriga em primeiro lugar o legislador – exige a concretização de um juízo de adequada ponderação entre o bem ou interesse que se lesa ou que se coloca em perigo (gravidade do delito) e o bem que se restringe ou que se priva por meio da pena.<sup>83</sup>

Indo ao encontro, temos as lições do professor Bitencourt. Vejamos:

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiologicamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada<sup>84</sup>.

O autor supracitado segue apontando os três critérios que devem ser analisados para verificar se o princípio da proporcionalidade foi respeitado no caso sob análise, a saber: a) adequação teleológica; b) necessidade; e c) proporcionalidade *stricto sensu*. Não passando pelo crivo de qualquer um dos critérios mencionados, o objeto em questão será desproporcional, dispensando a constatação dos outros, e impondo sua derrogação.

---

<sup>82</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 554. No mesmo Sentido; MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO; Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo brasileiro. 38. Ed. São Paulo; Malheiros Editores LTDA. 2012, p. 95.

<sup>83</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. 2007, p.555

<sup>84</sup> BITENCOURT. 2009, p. 25.

Destarte, analisando a Lei dos Crimes Hediondos, em específico a interpretação dos tribunais pátrios que consideram a reincidência como sendo a genérica, para efeitos de progressão, podemos constatar sua reprovação nos três critérios. Assim, no primeiro quesito, adequação teleológica, o intérprete da norma deve analisar se a norma jurídica respeita os valores éticos deduzidos da Constituição Federal.

Assim, analisar a reincidência para efeitos de progressão como sendo a genérica, do art. 63 do CP, feriria princípios constitucionais e processuais penais. Deste modo, seria transgredido o princípio da igualdade, na medida que iguala aqueles condenados que cometeram um crime tido como comum (v.g. um furto ou violação de correspondência), e os que cometeram um crime hediondo (v.g. uma extorsão qualificada pela morte), para efeitos de reincidência, dando assim um tratamento igualitário para pessoas que o constituinte quis tratar de maneira diferente, não se adequando ao princípio da igualdade.

Ademais, também restaria violado o princípio processual penal do *in dubio pro reo*, que preceitua que na dúvida, deve-se sempre decidir em favor do réu. Nesse sentido, não é plausível o argumento utilizado pela jurisprudência, de que não tendo o legislador especificado a reincidência, aplica-se a reincidência genérica. Esta interpretação é prejudicial a quem sofre o *ius puniendi* estatal, prejudicando sua execução penal. A violação do princípio da individualização da pena será analisada no próximo tópico.

Ainda, tira-se da legislação infraconstitucional, a ilação de que ser reincidente não gera nenhuma prejuízo ao sistema progressivo do condenado em crime comum, considerado não hediondo. Assim, essa agravante acrescida pelo novo diploma legal, que claramente quis ser mais rigoroso para aqueles que transgrediram bens jurídicos considerados mais importantes, só poderá ser utilizada para aqueles que foram condenados por estes crimes anteriormente, ou seja, reincidentes específicos em crimes hediondos.

No que tange ao segundo quesito, a necessidade, temos que a progressão de regime para os condenados pela Lei dos Crimes Hediondos já tem seu requisito temporal agravado. Assim, aquele que cometeu um crime comum anteriormente, já ira cumprir 2/5 da pena para poder progredir a um regime mais brando. Fazer com que o condenado permaneça em um regime mais grave por mais tempo, irá apenas reforçar ainda mais os efeitos criminógenos da prisão sobre o encarcerado, tendo em vista o fracasso do sistema prisional em recuperar o preso.

Com efeito, este não é o meio mais eficaz de se diminuir a ocorrência de crimes graves, objetivo pretendido pelo diploma. A necessidade de se aumentar o encarceramento é meramente simbólica, produto midiático, que prega a impunidade como fator gerador da criminalidade.

Deste modo, a interpretação da reincidência deve ser a mais restrigente possível, excluindo seus efeitos para aqueles que cometeram um crime comum anteriormente.

Por fim, com a proporcionalidade em sentido estreito, objetiva-se a solução mais interessante no caso em concreto, isto é, a que projetará mais benefícios do que malefícios<sup>85</sup>. Neste ponto, é necessário assinalar que a Lei dos Crimes Hediondos aumentou as penas de determinados crimes e mitigou ou suprimiu garantias fundamentais. Porém, mais de duas décadas se passaram e apenas seus efeitos simbólicos se fizeram sentir. A criminalidade violenta e as organizações criminosas não diminuíram, pelo contrário, aumentaram. Constata-se assim, a ineficácia de se tratar o problema penal pela simples promulgação de leis penais mais severas. Nesse sentido, dar uma interpretação que contrarie os objetivos dados pela constituição à pena, utilizando-a apenas como modo de manter encarcerado por mais tempo quem cometeu um crime hediondo, não fará com que a incidência destes crimes diminua.

Ora, não há dúvidas que ao se limitar a progressão de regime, restará prejudicada tanto a esfera da liberdade do indivíduo, que continuará em um regime mais grave, como os próprios objetivos da pena, qual seja, a ressocialização do condenado e sua gradativa readaptação social. Ainda, não se estará respeitando o equilíbrio dinâmico entre severidade da reprimenda cominada e a gravidade do delito perpetrado e culpabilidade do autor, como já exposto no presente trabalho, ferindo o equilíbrio entre o crimes praticado e o rigor da pena imposta pelo estado.

Assim, como afirmado, para efeito de reincidência, de modo a prejudicar a progressão do condenado, devem ser consideradas apenas as condenações em crimes hediondos ou assemelhados pelo comando constitucional, transitados em julgado.

### **3.3.2 – Do princípio da individualização da pena.**

Como viu-se no capítulo onde foi abordada a evolução da pena, o Iluminismo do século XVIII foi responsável por diminuir os excessos praticados na determinação da sanção penal,

---

<sup>85</sup> MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9708>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

adequando-se a garantia dos direitos fundamentais do acusado. Segundo Bitencourt<sup>86</sup>, passou-se de uma absoluta indeterminação da pena nos séculos precedentes ao Iluminismo, a uma determinação absoluta com o Código Penal Francês de 1791, chegando em uma indeterminação relativa, onde o juiz tem certa discricionariedade, e não arbitrariedade, na dosagem da pena. Esta é a fase denominada individualização da pena do condenado.

O princípio da individualização da pena refere-se ao processo pelo qual a pena é cominada abstratamente pelo legislador e concretamente pelo juiz, adaptando-se às características do caso concreto e às condições pessoais do condenado, tanto na fase judicial quanto executória.

Em nosso ordenamento jurídico, o referido princípio recebeu a característica de cláusula pétrea, impossibilitando assim, qualquer tentativa de supressão desse direito fundamental, ainda que de forma oblíqua. Sua previsão expressa encontra-se no artigo 5º, inciso XLVI de nossa carta Magna, que assim prevê:

Artigo 5º - XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade
- b) perda de bens e valores;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

O princípio adequa-se aos objetivos da pena, estabelecendo a correta proporcionalidade entre a conduta tipificada enquanto crime e a severidade da reprimenda criminal estabelecida para aquela infração.

Outrossim, na fase conhecida como individualização da pena, o princípio irá refletir de duas maneiras distintas. Em um primeiro momento, respeitando os limites mínimos e máximos cominados pelo legislador, o juiz irá determinar a pena que deve ser aplicada ao caso concreto, estabelecendo, também, o regime de cumprimento da pena; fechado, semiaberto e aberto. Posteriormente, na individualização executória, o cumprimento da sentença deverá ser pautado pela aplicação do sistema progressivo, analisado anteriormente.

---

<sup>86</sup> BITENCOURT. 2009. P. 624-625

Embora pairasse dúvidas quando da promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, até mesmo pelo STF<sup>87</sup>, a respeito da supressão do presente princípio frente a impossibilidade da progressão de regime, esta inconstitucionalidade foi reconhecida<sup>88</sup>. Porém, a atual interpretação dada pela jurisprudência ao artigo 2º, parágrafo 2º, da mesma Lei também deve ser mudada, frente a sua afronta ao princípio da individualização da pena.

Infere-se tal conclusão, visto que, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, não seria plausível que um condenado a um crime de furto, que posteriormente venha a cometer um crime de latrocínio (crime hediondo), tenha o mesmo tratamento para efeitos de execução da pena, de alguém que tenha reiterado na realização do crime de latrocínios, ou que, realizado um, venha a cometer outro crime hediondo.

A partir do exemplo supracitado, se estaria ferindo o princípio da proporcionalidade, visto que o equilíbrio entre a conduta tipificada enquanto crime, e a severidade da reprimenda criminal não foi observada. Assim, o julgador não estaria observado às peculiaridades da conduta delitiva para a fixação da execução da pena, em sua terceira fase.

Apesar de considerarmos a Lei dos Crimes Hediondos inconstitucional, representando uma marca do direito penal do inimigo, partindo-se do pressuposto de sua validade, o princípio da igualdade também estaria sendo violado. Claramente, na hipótese levantada, os dois indivíduos não se encontram em patamar de igualdade, frente a escolha constitucional de conferir tratamento diferenciado para os crimes hediondos. Assim, estaria se dando um tratamento equânime para quem, em tese, teria que ser tratado de maneira diferente. Ora, o que se espera do intérprete é que seja coerente. Deste modo, ou assuma a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, ou trate aqueles que se encontram em patamares diferentes, de maneira diferente.

### **3.4 Livramento condicional e analogia *in bonam partem***

---

<sup>87</sup> Súmula vinculante nº 698 STF; “*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.*”

<sup>88</sup> Habeas Corpus nº 82.959-7



O livramento condicional é um dos modos de execução da pena pelo qual o condenado, cumprindo certos requisitos legais objetivos e subjetivos pré-estabelecidos, executa o restante da sua pena em liberdade. Os requisitos legais para a concessão do instituto encontram-se no artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, que prevê:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

**V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.**

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (grifo nosso)

Nota-se, assim, que o instituto visa cumprir um dos principais objetivos do sistema penal, qual seja, possibilitar a ressocialização e readaptação social do condenado. Tanto o é, que um dos requisitos subjetivos do artigo 83, é o acusado ter um bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto. Constatado o fracasso do sistema penal em cumprir seus objetivos, conforme mencionado no início do trabalho, com o livramento condicional consegue-se diminuir os efeitos criminógenos do sistema carcerário.

O inciso V, do artigo suso referido, acrescentado pelo artigo 5º da lei nº 8.072/90, trouxe a possibilidade do livramento condicional para os crimes hediondos. Outrossim, cumprido mais de dois terços da pena o condenado poderá pleitear o livramento condicional, desde que somado com os outros requisitos. Porém, o inciso reintroduziu no sistema penal brasileiro a figura do reincidente específico, ao estabelecer que apenas ocorrerá o livramento condicional: “*se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza*”.

Neste ponto, o legislador de 90 achou por bem também, agravar a execução da pena dos delinquentes condenados pela Lei dos Crimes Hediondos, em virtude de sua maior danosidade sócia, dificultando o livramento condicional. Para tanto, respeitando o posicionamento defendido

no presente trabalho, ele reconheceu que a constituição diferenciou tais crimes dos delitos comuns do Código Penal e legislação esparsa, criando uma categoria diferente para os primeiros.

Com a adoção do novo inciso ao artigo 83, do Código Penal, v.g., para o condenado por um crime hediondo, que já tenha sido condenado por um crime de lesão corporal culposa, artigo 129, §6, do CP, o lapso temporal necessário para a concessão do benefício do livramento condicional será de um terço da pena total, visto que ele não é reincidente específico em crime hediondo (artigo 83, inc. V, do CP), nem reincidente em crime doloso ( art. 83, inc. II, do CP).

O legislador foi preciso ao tratar de maneira uniforme, aqueles que se encontram em situações iguais, e de forma diferente, aqueles que se encontram em situações distintas, precisamente como decorre da melhor hermenêutica dada ao princípio da igualdade, recepcionada pelo artigo 5º da CF e pelos vários tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

O direito penal moderno proíbe a analogia como decorrência do princípio da reserva legal ou legalidade, que estabelece que não existe crime sem lei anterior que a defina, expressa no brocardo jurídico *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Porém, é cediço tanto a doutrina como a jurisprudência, que pode haver a analogia, desde que em benefício do réu, a chamada analogia *in bonam partem*, mantendo a vedação para os casos que venha a prejudicá-lo.

Deste modo, em que pese o diploma legal dos crimes hediondos não ter qualificado a reincidência do artigo 2º, §2, como específica, esta deve ser a interpretação adotada pela jurisprudência e pela doutrina. Desta forma, se daria interpretação idêntica a reincidência específica estabelecida nos requisitos para o livramento condicional.

Conforme depreende-se das regras de hermenêutica, quando perdurar dúvidas sobre a correta interpretação da lei, o seu intérprete poderá utilizar-se de uma interpretação extensiva ou da analogia, dentre outros meios possíveis. O código de processo penal foi expresso ao aceitar tais regras de interpretação ao prever em seu artigo terceiro que; “*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*”.

A respeito da analogia no direito penal, Damásio de Jesus afirma que;

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei, a disposição relativa a um caso semelhante.  
(...)

Ao solucionar uma questão por analogia, o juiz está somente aplicando determinada disposição legal que irá resolver, por semelhança, casos não expressamente contemplados.<sup>89</sup>

Deste modo, como forma de mitigar essa injustiça, deve ser feita analogia *in bonam partem* da reincidência para efeitos de progressão de regime, com a reincidência específica presente no mesmo diploma normativo, quando trata do livramento condicional.

---

<sup>89</sup> JESUS, Damásio E. De. Direito penal, volume 1: parte geral. 31. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou a partir de estudos e análises supracitados, demonstrar as graves afrontas cometidas pela Lei dos Crimes Hediondos, aos princípios democráticos na execução penal brasileira, desde sua promulgação, até a atualidade, principalmente pela interpretação majoritária apresentada pela jurisprudência pátria.

Deste modo, apresentando uma crítica ao atual sistema penal brasileiro e mundial, que através do sistema prisional que visa a reinserção social do condenado, acaba por estigmatizá-lo ainda mais, agravando sua condição social frente ao seu novo papel perante a comunidade. Constatou-se que a prisão, em vez de reeducar o apenado e ajudá-lo a reintegrar-se à sociedade funciona apenas como instituição mantedora do *status quo*, uma verdadeira escola delitiva, que não recupera o condenado, mas alimenta seus piores valores.

Na contramão desta constatação, fruto da ideologia Norte Americana de Lei e Ordem, que prega o combate rigoroso à criminalidade com leis severas e repressão estatal inflexível, foi promulgada a Lei nº 8.072/90. Estes foram os motivadores do legislador infraconstitucional brasileiro, que mediante apoio da mídia, encontrou o momento oportuno na grande divulgação da nova modalidade de extorsão mediante sequestro, ocorrido à época, para editar o novo diploma repressivo, embora não escapando de inúmeras inconstitucionalidades.

Conforme exposto, o tratamento diferenciado conferido aos condenados pelo cometimento de um crime hediondo, representa *per si* uma afronta ao estado democrático de direito. Este tratamento do condenado como “não pessoa”, apresentado por Günther Jakobs, representa uma grave afronta ao estado democrático de direito. Brilhantemente asseverou Zaffaroni, que:

Na medida em que o direito penal (doutrina), como promulgador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos – renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e consequentemente, para o Estado de polícia<sup>90</sup>.

Neste ponto, a constitucionalidade do próprio diploma é contestável, visto que trata claramente o acusado e o condenado pela Lei dos Crimes Hediondos como um inimigo, suprimindo ou mitigando-lhe garantias processuais penais indisponíveis.

---

<sup>90</sup> ZAFFARONI, 2011. p. 172

Não é diferente com o instituto da reincidência que, como apresentado, nada mais é que uma das facetas do direito penal do autor, baseado na “personalidade voltada ao crime” do condenado. Ou seja, aquele que viola reiteradamente o pacto social que a todos vincula estaria assumindo uma postura contrária a coesão social, devendo assim ser punido mais severamente. Constata-se aqui também, a presença do direito penal do inimigo, apesar de com outro nome. Há de se falar também do claro *bis in idem* do instituto, que se utiliza de fatos pretéritos e desconexos do crime em análise, para agravar-lhe a punição.

Ciente da dificuldade de realizar uma alteração legislativa do presente diploma, ou até mesmo da declaração de sua inconstitucionalidade frente a grande pressão midiática e inclusive por parte da população, o presente trabalho visa amenizar as injustiças criadas pela lei. Assim, no que tange a progressão de regime no crimes hediondos, deve ser dada uma interpretação restritiva para a reincidência do artigo 2º, parágrafo 2º.

Outrossim, ao reintroduzir o sistema progressivo, garantia processual-penal que havia sido inconstitucionalmente suprimida com a promulgação da lei, fez-se uma clara distinção no que tange o critério objetivo para a concessão do benefício. Como modo de agravar a reprimenda penal contra os reincidentes, o lapso temporal para obter o direito a progressão foi fixado em 3/5, do tempo total da pena contra 2/5 para os não reincidentes.

Porém, ao se referir a reincidência, a lei não fez distinção entre reincidência específica e a genérica. Neste ponto, a jurisprudência pátria tem aplicado uma interpretação abrangente, considerando qualquer crime para agravar o regime de progressão do condenado, e não apenas aqueles hediondos ou equiparados pelo art. 5, inciso XLVIII da Constituição Federal.

Neste ponto, uma análise sistemática levaria a uma interpretação restritiva da reincidência a fim de se adequar aos objetivos que levaram o constituinte a criar a distinção para os crimes hediondos e assemelhados, visto que estes representariam uma lesão a bens jurídicos mais importantes da sociedade. Deste modo, apenas os condenados por crimes hediondos e assemelhados, com sentença transitado em julgado, seriam considerados reincidentes, tendo o requisito objetivo da progressão de regime agravada.

Como visto, a constituição adotou uma sistemática própria para tais crimes, diferenciando-os dos demais crimes. Autores nacionais como Rodrigo José Leal, tem entendido que o próprio conceito de primariedade tem que ser revistos para tais crimes, assim destacam:

A nosso ver, o conceito de primariedade não é o mesmo aplicável aos condenados pelos demais crimes não hediondos. Cremos que, para o fim de aplicação desta norma penal especial mais rigorosa, primário será todo aquele que ainda não tenha sido condenado

por crime hediondo, no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto de condenação posterior<sup>91</sup>.

Partindo deste pressuposto, a nossa Carta Magna apresenta um rol de princípios fundamentais de direito penal, buscando estabelecer limites ao poder de punir do estado, eliminando qualquer espaço para arbitrariedades. Assim, como forma de mitigar essa injustiça, deve ser feita analogia *in bonam partem* da reincidência, para efeitos de progressão de regime, com a reincidência específica presente no mesmo diploma normativo, quando trata do livramento condicional.

Caso esse entendimento não seja adotado pela doutrina e jurisprudência, os tribunais pátrios continuarão a incidir na equívoca interpretação de que pouco importa a natureza da reincidência, se genérica ou específica, haja vista a ausência de diferenciação legal. Ao adotar essa postura, os tribunais acabam por violar os princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena e da igualdade.

Por fim, conforme questionamento levantado por Bitencourt, percebe-se que ao mesmo tempo em que foi constatada uma crise do sistema penal, representada pela falência dos fundamentos da pena restritiva de liberdade, a Lei dos Crimes Hediondos vem representar uma política criminal pautada em um maior encarceramento. Assim, temos de um lado penas alternativas que procuram suprir a deficiência do sistema penal, e de outro uma lei que cerceia ainda mais a liberdade do indivíduo.

---

<sup>91</sup> Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/8049-crime-hediondo-e-progressao-de-regime-prisional-a-lei-no-114642007-a-luz-da-politica-criminal> > Acesso em: 20 de jul. De 2013

## 7 PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2009

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82959**, de São Paulo . Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E64NUME%2E+OU+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos)

[64NUME%2E+OU+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E64NUME%2E+OU+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos)> . Acesso em: 18 de fev. 2013.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 30 mar. de 2013.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.695 de 20 de agosto de 1998**. Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei no 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm)>. Acesso em: 3 de jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 30 de mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.464 de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm)>. Acesso em: 12 de jan. 2013.

\_\_\_\_\_, **Notícias Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>> Acesso em: 7 abr. 2013.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. Crimes Hediondos: **O regime prisional único e suas consequências práticas no sistema punitivo de Santa Catarina**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.

SURDI, José Guilherme. **A expansão do rol de crimes hediondos no anteprojeto do novo código penal: motivos e inconsistências**. Trabalho de conclusão de curso em Direito.

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2012.

FRANCO, Alberto Siva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007,

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito\\_penal\\_inimigo\\_luiz\\_flavio\\_gomes.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf)>. Acesso em 29 mar. 2013.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo – noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

JESUS, Damásio E. De. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Progressão de regime prisional e crime hediondo. Análise da Lei no 11.464/2007 à luz da política criminal*. Artigo extraído do site [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br), acessado em 03 mar. 2013

MARINI, Bruno. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9708>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO; Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo; Malheiros Editores LTDA. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1 – Parte Geral.** 9º. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011.